

**ZUR FRAGE DES VERZICHTS AUF ÄRZTLICHE AUFKLÄRUNG  
UND ETWAIGE GRENZEN DIESES VERZICHTS**

**Franz Schmaus**

---

**1902**

---







Aus dem Institut für Rechtsmedizin der Universität München

Vorstand: Prof. Dr. Wolfgang Spann

Zur Frage des Verzichts auf ärztliche Aufklärung  
und etwaige Grenzen dieses Verzichts

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde in der gesamten Medizin  
an der Ludwig Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

..... Franz Schmaus .....

aus

..... Kreuth .....

Jahr

1982  
.....

Mit Genehmigung der Medizinischen Fakultät  
der Universität München

Berichterstatter: Prof. Dr. Liebhardt

Mitberichterstatter: *Prof. Dr. W. Spann*

Dekan: Prof. Dr. Spann

Tag der mündlichen Prüfung: 4.11.1982



## Inhaltsverzeichnis

Seite

Zur Frage des Verzichts auf ärztliche Aufklärung  
und etwaige Grenzen dieses Verzichts

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| Einführung und Problemstellung                                         | 1  |
| A) Begriffsdefinition und Arten "der" ärztlichen<br>Aufklärungspflicht | 2  |
| I) Echte Pflichtaufklärung aus therapeutischer<br>Sorgfalt             | 3  |
| 1) Aufklärung als therapeutisches Lenkungs-<br>mittel                  | 4  |
| 2) Therapieaufklärung über evtl. Nebenwir-<br>kungen der Behandlung    | 5  |
| 3) Aufklärungspflicht gegenüber Dritten                                | 6  |
| II) Selbstbestimmungsaufklärung                                        | 8  |
| 1) Behandlungseinwilligung                                             | 9  |
| 2) Motivationsaufklärung                                               | 10 |
| a) Notwendigkeit des Eingriffs - Diagnose-<br>aufklärung               | 11 |
| b) Risikoaufklärung                                                    | 11 |
| c) Prognoseaufklärung                                                  | 11 |
| B) Dogmatische Einordnung der ärztlichen Aufklärungs-<br>pflicht       | 13 |
| I) Vertrag                                                             | 13 |
| 1) Rechtsnatur des Behandlungsvertrages                                | 13 |
| a) Privatpatient - Arzt                                                | 13 |
| b) Kassenpatient - Kassenarzt                                          | 14 |
| 2) Aufklärungspflicht innerhalb des Vertrages                          | 15 |
| a) Hauptleistungspflicht des Arztes?                                   | 16 |
| b) Neben(-leistungs)-pflicht des Arztes?                               | 17 |

|                                                                                                                                              | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II) Unerlaubte Handlung                                                                                                                      | 19    |
| 1) Ärztlicher Eingriff als Körperverletzung                                                                                                  | 19    |
| 2) Ärztlicher Eingriff als Verletzung eines<br>allgemeinen Persönlichkeitsrechts<br>(Sonstiges Recht i.S. von § 823 I BGB)                   | 20    |
| a) Selbstbestimmungsrecht                                                                                                                    | 20    |
| b) Art. 2 II GG                                                                                                                              | 20    |
| 3) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund                                                                                                     | 21    |
| 4) Aufklärung als "conditio sine qua non"<br>der Einwilligung                                                                                | 22    |
| 5) Rechtsnatur dieser Art von Aufklärungs-<br>pflicht: Obliegenheit                                                                          | 23    |
| III) Zwischenergebnis: Rechtliche Typisierung als<br>vertragliche Nebenleistungspflicht und Ob-<br>liegenheit und das Verhältnis zueinander. | 25    |
| C) Verzicht auf Aufklärung                                                                                                                   | 27    |
| I) Möglichkeit eines Rechtsverzichtes im deut-<br>schen Recht                                                                                | 27    |
| 1) Wer kann verzichten?                                                                                                                      | 27    |
| 2) Patient als Rechtsinhaber                                                                                                                 | 28    |
| 3) Definition des Rechts-"Verzichtes"                                                                                                        | 28    |
| 4) Worin besteht der Verzicht des Patienten?<br>Bedeutung des Selbstbestimmungsrechtes                                                       | 30    |
| 5) Ist ein Verzicht auf das Selbstbestim-<br>mungsrecht möglich?                                                                             | 33    |
| 6) Selbstbestimmungsrecht ipso iure unver-<br>zichtbar                                                                                       | 34    |
| II) Rechtliche Interpretation eines Aufklärungs-<br>verzichtes                                                                               | 34    |
| 1) Erlaßvertrag ( Wiethölter ) ?                                                                                                             | 34    |
| 2) Pactum de non petendo?                                                                                                                    | 36    |

|                                                                                                                                                     | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 3) Einseitiges Nichtgeltendmachen eines<br>Rechtes als Ausfluß des Selbstbestim-<br>mungsrechtes                                                    | 36    |
| 4) Problem der fehlenden Bestimmbarkeit<br>des "Verzichtes" anhand der Einwilligung<br>in Rechtsverletzung zu lösen                                 | 38    |
| D) Arten und Inhalt des Aufklärungsverzichtes und<br>dessen Grenzen                                                                                 | 40    |
| I) Allgemeine Voraussetzung: besonderes Ver-<br>trauensverhältnis Arzt - Patient                                                                    | 40    |
| II) Ausdrücklich erklärter Verzicht:                                                                                                                | 43    |
| 1) bezüglich der Selbstbestimmungsaufklä-<br>rung                                                                                                   | 46    |
| 2) bezüglich der therapeutischen Pflichtauf-<br>klärung - Wirkung für den Arzt                                                                      | 49    |
| III) Besonderheiten beim stillschweigenden konkluden-<br>ten Aufklärungsverzicht                                                                    | 52    |
| 1) Annahme nur in Ausnahmefällen                                                                                                                    | 52    |
| 2) Schweigen des Patienten als stillweigen-<br>der Aufklärungsverzicht                                                                              | 53    |
| 3) Bedeutung eines besonders engen Vertrau-<br>ensverhältnisses Arzt - Patient und Kenntnis<br>des Arztes über die Lebenssituation des<br>Patienten | 53    |
| 4) Fragepflicht des Patienten?                                                                                                                      | 54    |
| IV) Aufklärungsverzicht mangels Aufklärungsbedürf-<br>nis                                                                                           | 55    |
| V) Infragestellung eines Aufklärungsverzichtes                                                                                                      | 58    |
| 1) Dogmatische Bedenken                                                                                                                             | 58    |
| a) Fall der unzulässigen gewillkürten Ein-<br>willigungsvertretung?                                                                                 | 58    |

|                                                                                                                                     | Seite |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| b) Inwieweit kann verzichtete Aufklärung die unverzichtbare Einwilligung noch tragen?                                               | 59    |
| c) Einwilligung nicht als bloßes Dulden; - Geilens Heilzweck-Heilmittel-Relation                                                    | 60    |
| 2) Aufklärungsverzicht, wenn eigene Rechte tangiert werden                                                                          | 62    |
| a) Totaler Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht                                                                                  | 63    |
| b) Kann Arzt die "Seelenruhe" des Patienten respektieren, wenn besonders hohe und wichtige Interessen d. Patienten berührt sind?    | 64    |
| c) Fragen der pauschalen Einwilligungsverklärung                                                                                    | 67    |
| 3) Kollision mit der Fürsorgepflicht des Arztes                                                                                     | 71    |
| 4) Rechte Dritter, die einem Verzicht entgegenstehen könnten:                                                                       | 73    |
| a) Ehepartner: Pflicht zum gegenseitigen Unterhalt § 1360 BGB<br>Pflicht zu gegenseitiger ehelicher Lebensgemeinschaft § 1353 I BGB | 73    |
| b) Rechte der Eltern "am" Kind? § 1626/1631 BGB                                                                                     | 78    |
| c) Rechte des Kindes: § 1602 II BGB: Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Kind                                                | 83    |
| d) RVO-Krankenkasse?                                                                                                                | 84    |
| 5) Aufklärungsverzicht ist sittenwidrig: ärztl. Experiment                                                                          | 89    |
| 6) Inwieweit richtet sich die Möglichkeit des Verzichtes nach der Art des ärztlichen Eingriffs?                                     | 90    |

|                                                                                                                             | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| VI) Einzelfragen zum Aufklärungsverzicht                                                                                    | 98    |
| 1) Möglichkeit eines Aufklärungsverzich-<br>tes durch einen Vertreter?                                                      | 98    |
| 2) Irrtümliche Annahme eines Aufklärungs-<br>verzichtes durch den Arzt                                                      | 100   |
| a) Liegt Verbotsirrtum oder Tatbestands-<br>irrtum vor?                                                                     | 101   |
| b) Beweisfragen: Grundsätzlich muß der<br>Arzt den Verzicht beweisen                                                        | 102   |
| 3) Verzichtender Patient hat irrige Vorstel-<br>lungen über normalerweise aufzuklärende<br>Umstände                         | 104   |
| 4) Causalitätsfragen - rechtmäßiges Alter-<br>nativverhalten                                                                | 105   |
| 5) Antezipierte Einwilligung und Aufklärungs-<br>verzicht                                                                   | 108   |
| 6) Verzicht auf Aufklärung als Kunstfehler?                                                                                 | 109   |
| 7) Auffassung Zieglers: "Aufklärungsverzicht<br>als Regelfall, wenn Patient ohne zu fragen<br>in die Behandlung einwilligt" | 112   |
| E) Zusammenfassung und Ergebnis                                                                                             | 115   |
| Anmerkungen                                                                                                                 | VII   |
| Literaturverzeichnis                                                                                                        | XIV   |



Zur Frage des Verzichts auf ärztliche Aufklärung und  
etwaige Grenzen dieses Verzichts

"Wofür ich Allah höchlich danke? Daß er Leiden und  
Wissen getrennt. Verzweifeln müßte jeder Kranke,  
das Übel kennend, wie der Arzt es kennt."  
(Hikmet Nameh, Buch der Sprüche)

### Einführung und Problemstellung

Seit Hippokrates bis in die jüngste Vergangenheit herrschte Einmütigkeit darüber, daß ein Arzt seiner Pflicht genüge, wenn er den Patienten "de lege artis" behandelte. Eine Aufklärung des Patienten war nicht vorgesehen. So schreibt noch Jaspers 1959, der Patient wolle nicht wissen, sondern gehorchen; die Autorität des Arztes sei ihm ein erwünschter fester Punkt, der ihn eigenen Nachdenkens und eigener Verantwortung überhebe.<sup>1)</sup>

Die beste Illustration dieser noch bis ins 20. Jahrhundert reichenden Auffassung ist die Schilderung Bismarcks<sup>2)</sup> über eine 1887 beim damaligen Kronprinzen geplante Larynxextirpation. Der Eingriff sollte ohne Wissen des Patienten vorgenommen werden (!): interessant ist wie Bismarck den Vorfall schildert: er schreibt, daß er aus staatsrechtlichen (!) Gründen eingegriffen habe, und da es sich um den zukünftigen Kaiser gehandelt habe, auf der Aufklärung und Zustimmung des Familienoberhauptes bestanden habe.

Vereinzelte Entscheidungen des RG, vor allem in der Zeit des Nationalsozialismus und vollends später der BGH, forderten eine immer breitere Aufklärung des Patienten, bis 1954 vom BGH folgende Leitsätze aufgestellt wurden, die noch heute als Grundlage der Aufklärungsproblematik vor Gericht einen hohen Stellenwert besitzen:<sup>3)</sup>

"Ein ärztlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ist nur insoweit vertragsmäßig und nicht rechtswidrig, als die Einwilligung des Patienten reicht. Der Arzt muß sich vor jedem Eingriff der klaren, auf zutreffenden Vorstellungen über die Art und die Folgen des Eingriffs beruhenden, Einwilligung des Patienten versichern.

Eine wirksame Einwilligung setzt voraus, daß der Patient das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs wenigstens in den Grundzügen erkannt hat. Soweit die mit der Einholung der Einwilligung verbundene Aufklärung - auch über mögliche schädliche Folgen der Therapie - die Stimmung oder sogar das Allgemeinbefinden herabdrückt, handelt es sich um unvermeidliche Nachteile, die in Kauf genommen werden müssen."

Von ärztlicher Seite wurde nun seither u.a. eingewendet, eine so weitgehende Aufklärung würde mit einer Beeinträchtigung des Heilerfolges erkaufte, was nicht hinzunehmen sei, denn als oberstes Gebot des Arztes sei die Gesundung des Patienten anzusehen, und nicht die Respektierung eines zu medizinisch fragwürdigen Ergebnissen führenden Patientenwillens.

Unumstritten im Grundsatz sowohl von der Rechtsprechung,<sup>4)</sup> medizinischer als auch juristischer Literatur, ist die Möglichkeit des Patienten, von sich aus auf ärztliche Aufklärung zu verzichten und sich gänzlich vertrauensvoll in die Obhut und Fürsorge des behandelnden Arztes zu begeben, um etwa seine psychische Ausgeglichenheit zu erhalten.

#### A) Begriffsdefinition und Arten "der" ärztlichen Aufklärungspflicht

Bevor aber auf die Erörterung und dogmatische Einordnung des Aufklärungsverzichtes und dessen Grenzen eingegangen werden kann, muß zunächst der Begriff der Aufklärungspflicht näher abgegrenzt und bestimmt werden; denn in vie-

len zu dieser Problematik verfaßten wissenschaftlichen Erörterungen, ist eine mangelnde Differenzierung des Begriffs "Aufklärungspflicht" festzustellen.<sup>5)</sup> Die Diskussion und die vom BGH aus dem Recht auf körperliche Integrität abgeleitete Notwendigkeit zur Aufklärung als Vorstufe und Basis einer Einwilligung, wird mit der Frage der Verpflichtung zu einer ärztlichen Aufklärung unabhängig vom Einwilligungserfordernis des Patienten vermischt.

So kann sicherlich nicht generell von "der" Aufklärungspflicht des Arztes gesprochen werden, sondern es müssen mehrere Typen voneinander abgegrenzt werden.

1. Gibt es die echte Pflichtenaufklärung aus therapeutischer Sorgfalt (Aufklärung als therapeutisches Lernungsmittel) und
2. ist davon die sog. Selbstbestimmungsaufklärung, die als Voraussetzung einer gültigen Einwilligung in einen an sich rechtswidrigen Eingriff zu verstehen ist, zu unterscheiden, wobei die Aufklärungspflicht bei prophylaktischen Maßnahmen wohl meist als Sonderfall der Selbstbestimmungsaufklärung anzusehen ist.

#### I) Echte Pflichtaufklärung aus therapeutischer Sorgfalt

Zunächst will ich mich näher mit der sogenannten therapeutischen Aufklärung auseinandersetzen. Hier ist nicht die Selbstbestimmung des Patienten das entscheidende, vielmehr ist sie ein Ausfluß des Grundsatzes, daß der Arzt den Patienten "de lege artis" zu behandeln habe. Z.B. hat der Arzt einen Patienten, der ein Mydriaticum appliziert bekam, darauf hinzuweisen, daß er nicht mit dem Auto nach Hause fahren könne. Dieser Hinweis ist als therapeutische Pflichtaufklärung zu verstehen, weil sie mit der Frage des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten

nichts zu tun hat, sondern eine Konsequenz der ärztlichen Sorgfalt darstellt.

#### 1) Aufklärung als therapeutisches Lenkungsmittel

Das RG<sup>6)</sup> bejahte zunächst nur eine solche, als therapeutisches Lenkungsmittel zu verstehende Aufklärungspflicht, und machte in der Konsequenz diese zu einem der medizinischen Zwecksetzung unterworfenen Hilfsinstrument. In diesem Zusammenhang führte das RG aus, daß schon aus therapeutischen Gründen, zur Herstellung der notwendigen Kooperationsbereitschaft des Patienten, bes. bei der in der Entscheidung angesprochenen homöopathischen Methode, die Diagnose mitgeteilt werden müsse, weil anders nicht die erforderliche Befolgung der naturheilkundlichen Vorschriften zu erwarten gewesen wäre.<sup>7)</sup>

Ein anderer Aspekt dieser Art von Aufklärungspflicht liegt der Gedanke der Kurierfreiheit zugrunde, der eine gewisse Neutralität der Gerichte zwischen verschiedenen Behandlungsmethoden gewahrt sehen möchte. So hat jüngst im Falle Issels, bei dem es um die Alternative zwischen der klassischen Radiumbestrahlung und der Isselschen "immunologischen Mehtode" ging, der BGH<sup>8)</sup> entschieden, daß ein Arzt, der eine lebensgefährliche Krankheit nach einer besonderen, sonst nicht üblichen Methode behandelt, die Pflicht hat, den Kranken darüber zu unterrichten, daß sein Verfahren von anderen Vertretern der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend abgelehnt wird, und auf das übliche Verfahren hinzuweisen hat.

Ein anderer Aspekt dieser Art von Aufklärungspflicht liegt vor, wenn über die Krankheitsdiagnose nicht aufgeklärt wird und sich infolgedessen der Patient nicht die unbedingt nötige Schonung auferlegt, was zur Folge hat, daß sich der

Zustand des Kranken erheblich verschlechtert. Hier wird besonders deutlich, daß diese Konstellation gar nichts mit einer etwaigen Einwilligung des Kranken zu tun hat, ja sie tritt oft mit der Selbstbestimmung in ein geradezu kontradiktorisches Verhältnis, sie ist in dieser Ausgestaltung oft ein direkter Ausfluß des Grundsatzes "salus aegroti suprema lex".

Zur Verdeutlichung sei kurz an den "Wurmkur-Fall" des BGH<sup>9)</sup> erinnert: Zur Verhinderung von Folgeschäden bei der Verabreichung eines Wurmmittels mußte dem Patienten ein Gegenmittel appliziert werden, dessen Einnahme der Patient verweigerte. In diesem Fall verlangte der BGH Aufklärung mit "Aufbietung aller Energie und Überredungskunst" und damit ein vehementes Ankämpfen gegen die doch sonst vom Arzt zu respektierende Einwilligungsverweigerung.

## 2) Therapieaufklärung über evtl. Nebenwirkungen der Behandlung

Die therapeutische Aufklärung hat seine besondere Bedeutung im übrigen beim Problem des Medikamentenmißbrauchs und damit im Zusammenhang mit der Aufklärung über Nebenwirkungen, die grundsätzlich jedes Medikament besitzt. Hier sei nur an die Entscheidung des BGH<sup>10)</sup> erinnert, bei der einem fünfzehnjährigen Mädchen eine arsenhaltige Lösung zur Dauertherapie verschrieben wurde, mit der Bemerkung, der Arzt werde "gelegentlich wieder nachsehen", was nach einer gewissen Zeit des Dauergebrauchs der arsehnhaltigen Tinktur eine Arsen-Intoxikation zur Folge hatte. In diesem Zusammenhang ist auch an die meist bedenkenlose Verschreibungspraxis von Barbituraten, Psychopharmaka und Laxantien zu denken, die alle bei chronischer Verwendung

schwere und nicht zu unterschätzende Nebenwirkungen mit sich bringen, (z.B. beim Laxantienabusus schwerste Elektrolytverschiebungen im Körper), über dessen mögliches Auftreten bei unverminderter Einnahme nicht aufzuklären, schon nahe an einer Sorgfaltspflichtverletzung liegen dürfte.

### 3) Aufklärungspflicht gegenüber Dritten

Die therapeutische Pflicht-Aufklärung des Arztes bezieht sich aber nicht ausschließlich auf den zu behandelnden Patienten, sie kann vielmehr auch gegenüber einem Dritten bestehen, der durch besonders engen Kontakt mit dem Patienten einer potentiellen Gefährdung, entweder durch die Krankheit an sich, oder durch Maßnahmen von Seiten des Arztes, unterliegt. Eine Gefährdung durch die Krankheit an sich, ist z.B. gegeben bei jeder Ansteckungsgefahr, bei der es der Arzt unterläßt, potentiell gefährdete Dritte darauf hinzuweisen, daß sie sich infizieren könnten, wenn sie nicht besondere Schutzmaßnahmen treffen etc. An eine Aufklärungspflicht gegenüber Dritten, die dadurch entsteht, daß der Arzt Maßnahmen trifft, die weitere Ausenstehende gefährden könne, ist z.B. zu denken, wenn der Arzt es unterläßt, nicht gegen Poliomyelitis geimpfte Familienmitglieder darauf hinzuweisen, daß sie eine Toilette benutzen müssen, die für eine gewisse Zeit von den geimpften Familienmitgliedern gemieden wird. Folglich hat der Arzt die Pflicht jegliche Gefahr, die durch die Krankheit selbst, oder durch sein Eingreifen entstehen könnte, entweder vom Patienten oder dem Dritten abzuwenden, oder aber wenigstens diesen Personenkreis über die potentielle Gefahr aufzuklären.

Am besten wird dieser Gedanke durch eine RG-Entscheidung<sup>11)</sup>

verdeutlicht, in der der Arzt die eindeutig als solche diagnostizierte Diphtherie-Erkrankung des Kindes den Eltern gegenüber als Halsentzündung darstellte, mit der Konsequenz, daß sich die Mutter infizierte und an der Krankheit verstarb. Hier geht es also wiederum nicht - woran fast immer gedacht wird, wenn von "der" Aufklärungspflicht die Rede ist - um die Aufklärung als Funktion der Einwilligung für die Wirksamkeit eines ärztlichen Eingriffs, sondern um das Problem einer garantenähnlichen Stellung des Arztes, welches durch die gemeinsame Titulierung, "Aufklärungspflicht" mehr verdunkelt als erhellt wird; vielmehr geht es hier um die Verpflichtung des Arztes die Umgebung des Kranken vor Ansteckung zu warnen, die Infektionsgefahr einzudämmen, indem zur Vorsicht bei der Pflege gemahnt wird. Gesetzliche Konkretisierung erfährt dieser Schutz- und Fürsorgegedanke z.B. in § 11 Geschlechts-K.G (Belehrungspflicht gegenüber Geschlechtskranken) oder bei der Meldepflicht gewisser Infektionskrankheiten<sup>12)</sup> nach dem B-Seuch-G; Fälle drittgerechter Sicherungsaufklärung liegen auch vor bei Fahruntüchtigkeit des Patienten, etwa bei Sehstörungen, Epilepsie, Arteriosklerose, Spätlues etc. Diese Fälle betreffen aber alle den Grundsatz der ärztlichen Schweigepflicht,<sup>13)</sup> worauf aber im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden soll.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß diese Art von Aufklärung zunehmende Bedeutung als Lenkungsmittel der Therapie gewinnen wird; so z.B. um die Chance einer Frühheilung nicht zu verpassen, oder eine gewisse Prophylaxe zu erreichen, wird die Aufklärung zu einem "medizinisch-pädagogischen Hilfsinstrument", wie Geilen<sup>14)</sup> es ausdrückt. Die Aufklärungspflicht ist hier geradezu eingebettet in die übergreifende, Aufklärung gebietende, aber auch begrenzende Fürsorgepflicht des Arztes. (salus aegroti suprema lex).

## II) Selbstbestimmungsaufklärung

Hier steht nicht die Fürsorgepflicht des Arztes im Vordergrund, sondern der vom Arzt getätigte Eingriff, der zumindest als Verletzung des Rechts des Patienten über seinen Körper selbst zu bestimmen, anzusehen ist, falls eben keine Einwilligung vorliegt; diese ist aber nur wirksam, falls der Patient weiß, in was er einwilligt. Hier liegt folglich die Pflicht des Arztes darin, ein Wissensdefizit des Patienten zu beseitigen, damit eine schließlich erteilte Einwilligung wirksam wird. Bei einer Strumektomie braucht zunächst der Arzt die Einwilligung des Patienten in den Eingriff, damit dieser nicht von vornherein rechtswidrig ist. Diese Einwilligung ist aber nur wirksam erteilt, wenn der Patient weiß in was er einwilligt bzw. diese verweigert. Deshalb muß der Patient, um sein Selbstbestimmungsrecht wirksam ausüben zu können (Selbstbestimmungsaufklärung) über alle Umstände aufgeklärt werden, die für seine Entscheidung von Bedeutung sein werden. Natürlich wird dies im Einzelfall sehr oft strittig sein, welche Umstände hierzu zu rechnen sind, aber in unserem Beispiel der Strumektomie gehört sicher dazu, daß der Patient weiß, daß das Auftreten einer Recurrensparese nicht gänzlich ausgeschlossen ist und er sich der eventuellen Folge dieser Parese bewußt ist.

Zur Veranschaulichung dieser Selbstbestimmungsaufklärung sei hier an Entscheidungen des BGH, vor allem an die beiden Elektroschockurteile,<sup>15)</sup> an das Düsseldorfer Strahlenurteil<sup>16)</sup> und an das Myomurteil,<sup>17)</sup> erinnert.

Als Grundtenor dieser Entscheidungen zur Selbstbestimmungsaufklärung soll hier nur auf wenige entscheidende Punkte hingewiesen werden:

1. Ein ärztlicher Eingriff bedarf schon im Hinblick auf Art. 2 II GG, der das Recht auf Leben und

körperliche Unversehrtheit gewährleistet, der Einwilligung des Patienten.

2. Eine wirksame Einwilligung setzt voraus, daß der Patient Art, Bedeutung und Folgen des Eingriffs, wenn auch nicht in allen Einzelheiten, so doch in seinen Grundzügen erkannt hat.
3. Dies erfordert aber, daß dem Patienten vom Arzt das Wesentliche über die vorgesehene Behandlung mitgeteilt wird, es sei denn, er wäre mit den Gefahren der einzuschlagenden Behandlungsmethode vertraut. Diese Aufklärungspflicht steht grundsätzlich neben der Pflicht des Arztes zu heilen. Das Recht der Selbstbestimmung und die Menschenwürde fordern "gebieterisch" diese Aufklärung.
4. Allerdings ist der Arzt nicht verpflichtet, den Kranken über "alle möglichen nachteiligen Folgen" der Therapie zu belehren. Es sei allgemein bekannt, daß auch geringfügige Eingriffe unter ungünstigen Verhältnissen, selbst bei Beachtung aller Vorsichtsmaßnahmen zu unvorhergesehenen Komplikationen führen könnten.

Aus diesen allgemeinen Voraussetzungen und Begrenzungen der Selbstbestimmungsaufklärung lassen sich einige Unterfälle davon unterscheiden.

#### 1) Behandlungseinwilligung

Zunächst ist einmal vom Erfordernis einer Behandlungseinwilligung<sup>18)</sup> auszugehen. Hier ist die Aufklärung nur darauf bezogen, daß der Patient überhaupt weiß, was mit ihm geschieht, andernfalls würde der Patient einem Tier vergleichbar, das in dieser Hinsicht total fremdbestimmt ist.

Z.B. muß der Patient wissen ob eine Operation oder eine Strahlenbehandlung als Therapie eingesetzt wird. Eine der ersten Entscheidungen, die diese Aufklärungspflicht im engeren Sinne berührt, ist in RGZ 163, 129 angesprochen, wo der Arzt bei Verdacht auf Mamma-CA statt der erforderlichen Probeexzision ohne Wissen und Willen der Patientin eine Ablatio Mammae durchgeführt hatte. Fraglich ist natürlich im Einzelfall, wie weit das Wissen um den vorzunehmenden Eingriff gehen muß; so hat in einem Fall, in dem der Patient in eine "geschlossene Nagelung" eingewilligt hatte, der BGH<sup>19)</sup> die erteilte Einwilligung alternativ wirksam angesehen, als die "geschlossene Nagelung" mißlang, und durch eine "offene" ersetzt werden mußte.

Die eigentliche Schwierigkeit bei der Selbstbestimmungsaufklärung beginnt in einem zweiten Bereich; es geht um die Frage, ob und inwieweit über die erforderliche Behandlungseinwilligung hinaus, auch das medizinische Für und Wider vom Patienten subjektiv nachvollzogen werden muß; diese Aufklärung wird im allgemeinen<sup>20)</sup> als Motivationsaufklärung bezeichnet.

## 2) Motivationsaufklärung

Dabei unterscheidet man mehrere Aufklärungsmomente; es geht um Notwendigkeit, Aussichten und Risiken des Eingriffs, u.a. im Hinblick auf die Möglichkeit einer Abwägung zwischen diagnostischem Anlaß, Heilungschance und einer mit dem Eingriff verbundenen Komplikationsgefahr. Im Vordergrund dürften dabei die Risikofaktoren stehen, da sich forensisch die meisten Prozesse darauf bezogen; aber auch Diagnose und Prognose fallen unter diesen Aspekt der Aufklärung. Dabei unterscheidet man bei der Mo-

tivationsaufklärung zwischen Diagnoseaufklärung, Prognoseaufklärung und Risikoaufklärung.

a) Notwendigkeit des Eingriffs - Diagnoseaufklärung

Unter Diagnoseaufklärung ist hier etwas ganz anderes zu verstehen, als bei der Diagnoseaufklärung zum Zwecke therapeutischer Lenkung. Hier geht es nämlich darum, daß der Patient die Diagnose erfährt, um auf dem Boden der Notwendigkeit, eines an sich erforderlichen Eingriffs, sich frei für oder gegen die Behandlung zu entscheiden.

Beispiel: Arzt klärt die Patientin über die Diagnose "Col-lumkarzinom" auf, um ihr die Notwendigkeit eines radikalen Eingriffs vor Augen zu halten, wobei aber die Patientin durchaus das Recht hat, im äußersten Fall jegliche Behandlung abzulehnen, oder zwischen einer operativen und einer Strahlentherapie zu wählen.

b) Risikoaufklärung

Unter einer Risikoaufklärung ist zu verstehen, wenn der Arzt die Patientin, die sich für eine Strahlentherapie des CollumCA's entscheidet, darüber unterrichtet, daß bei einer Strahlentherapie als mögliche aber unwahrscheinliche Komplikation eine Ureterstenose auftreten kann, und die Patientin schließlich auch weiß, was eine Ureterstenose für sie bedeuten kann.

c) Prognoseaufklärung

Unter Prognoseaufklärung wäre in unserem Beispiel zu verstehen, wenn der Arzt die Patientin unterrichtet, wie groß

die statistische Lebenserwartung bei Nichtbehandlung des Collum CA's und die statistische Fünf-Jahres-Überlebensrate (bzw. Heilungsrate) bei der geplanten spezifischen Strahlentherapie ist.

Die Motivationsaufklärung ist der eigentliche wunde Punkt zwischen Ärzteschaft und Juristen. Der Arzt will grundsätzlich Aufklärung, aber in einer seiner therapeutischen Aufgabe angepaßten, vorsichtig dosierten Form, und er hat deshalb bei einer zu weitgehenden Risiko- und Diagnoseaufklärung Bedenken. Die Ansprüche der Rechtssprechung, die von einer "taktvollen Aufklärung", von einer "in Kauf zu nehmenden Herabdrückung der Stimmungslage" spricht, werden wohl zu recht als bedenklich empfunden, und wie weit der Wille des Patienten den unbedingten Vorrang vor der Hilfspflicht des Arztes haben soll, bedarf beinahe in jedem Konfliktfall einer erneuten grundsätzlichen Klärung.

Vor allem ist auch problematisch inwieweit der Patient die postulierte Privatautonomie noch verwirklichen kann, denn meist ist eine reduzierte Urteilsfähigkeit des Kranken feststellbar, wenn es um das eigene Wohl und Wehe geht; ja sogar der an sich grundsätzlich "aufgeklärte" Arzt als Patient verliert oft die Übersicht, wenn es um seine eigene Krankheit geht - hier spielen wohl psychische Verschrängungsmechanismen eine große Rolle -, um wieviel weniger ist der "gewöhnliche" Patient dann noch in der Lage die Privatautonomie regelrecht auszuüben? Als ein weiterer Unterfall der Selbstbestimmungsaufklärung kann die Aufklärung bei prophylaktischen ärztlichen Maßnahmen angesehen werden. Liegt das Problem bei einem gewöhnlichen Heileingriff in der Abwägung zwischen der Krankheit selbst mit allen ihren mehr oder weniger wahrscheinlichen Begleiterscheinungen und den Risiken des Eingriffs, der die Krankheit beseitigen soll, so ist dagegen bei einer prophylaktischen Maßnahme die eigentliche Krankheit (noch) nicht

vorhanden; der Eingriff richtet sich demnach gegen ein Phantom, das möglicherweise einmal zur Realität wird. Um so mehr ist deshalb, - worauf noch näher einzugehen sein wird - vom Gedanken der konkurrierenden Rechtsgüter aus gesehen, eine stärkere Einwilligungsintensität als gewöhnlich zu fordern, die eine vergleichsweise ausgiebige Aufklärung über die Risiken der Prophylaxe erfordert.

## B) Dogmatische Einordnung der ärztlichen Aufklärungspflicht

Im vorhergeganenen Abschnitt wurde versucht den Begriff der Aufklärungspflicht zu definieren und die verschiedenen Arten voneinander abzugrenzen, wobei aber noch nicht gesagt wurde, woraus die ärztliche Aufklärungspflicht abzuleiten ist, bzw. ob der Patient einen Rechtsanspruch auf Aufklärung hat und worauf dieser gegebenenfalls zu stützen wäre.

### I) Vertrag

Zunächst erscheint es naheliegend die Aufklärungspflicht aus dem Arztvertrag abzuleiten, wobei aber schon die Rechtsnatur dieses Vertragstypus nicht unumstritten ist.

#### 1) Rechtsnatur des Behandlungsvertrages

##### a) Privatpatient - Arzt

Der Arzt-Patienten-Vertrag wird von der h.M. als Dienstvertrag nach § 611 BGB angesehen,<sup>21)</sup> wobei aber auch an einen Werkvertrag (§ 612 BGB) gedacht werden könnte, falls

beispielsweise eine Zahnprothese geschuldet wird. Das dogmatische Kriterium, wonach das BGB beim Werkvertrag einen Arbeitserfolg, beim Dienstvertrag aber nur eine Arbeitsleistung fordert, befriedigt in diesem Zusammenhang nicht immer, da beim Arztvertrag wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffes "Erfolg" und "Werk" Zweifel offen bleiben. Das vom Chirurgen geschuldete Werk nämlich läßt sich evtl. in der Wegnahme des Appendix oder der Amputation eines Gliedes unter Berücksichtigung einer *de lege artis* durchgeführten Behandlung sehen. Entscheidend ist aber, daß der Operateur keinen Heilerfolg schuldet, d.h. nicht dafür einzustehen hat, daß der Patient auch wirklich gesund wird. Dementsprechend gelten für den Arzt-Patienten-Vertrag nach richtiger Ansicht die Regeln des Dienstvertrages<sup>22)</sup> nach § 611 ff. BGB. (Anderer Ansicht: Wiethölter<sup>23)</sup>): Vertrag *sui generis* gemäß § 305 BGB).

#### b) Kassenpatient - Kassenarzt

Unterschiedlich ist allerdings die Konstruktion des Vertrages zwischen Privatpatient und Kassenpatienten. Nach einer Meldung der SZ der letzten Juliwoche 1979 sind 97% der Bevölkerung der BRD krankenkassenversichert, wobei hiervon wieder der weitaus überwiegende Teil einer RVO-Krankenkasse angehört, sodaß der Vertrag Privatpatient-Arzt die Ausnahme sein wird; hier kommt der Vertrag unmittelbar durch Willenserklärungen der beiden Partner zustande.

Aus § 368 d IV RVO, wonach die Übernahme der Behandlung eines Kassenpatienten den Kassenarzt zur Sorgfalt nach den Vorschriften des BGB verpflichtet, schließt die herrschende Lehre<sup>24)</sup> auf ein bürgerlich-rechtliches Vertragsverhältnis unmittelbar zwischen Kassenpatient und Kassenarzt. Auch

das Benutzungsverhältnis zwischen Krankenanstalten mit Öffentlich-rechtlichen Trägern und dem Patienten folgt dem Privatrecht (z.B. Universitäts-Klinik). Entscheidend ist aber, daß der Kassenpatient dabei eigene vertragliche Ansprüche gegen das Krankenhaus bzw. den behandelnden Arzt aus einem zwischen der Krankenkasse und dem Arzt bzw. dem Krankenhaus geschlossenen echten Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB hat.<sup>25)</sup> Dabei dürfte es sich in der Regel bei Aufnahme in eine Klinik um einen totalen Krankenhausaufnahmevertrag handeln, der die Anstalt dem Kranken gegenüber zu allen für eine stationäre Therapie erforderlichen Leistungen inclusive der ärztliche Fürsorge verpflichtet.

## 2) Aufklärungspflicht innerhalb des Vertrages

Innerhalb dieses bestehenden Vertragsverhältnisses könnte die Aufklärung des Patienten eine echte Vertragspflicht des Arztes sein, zu der er ebenso verpflichtet wäre, wie den Patienten de lege artis zu behandeln.

Nun gibt es Entscheidungen des BGH,<sup>26)</sup> in denen von einer Rechtspflicht zur Aufklärung gesprochen wird, wobei postuliert wird, die Aufklärungspflicht des Arztes stehe grundsätzlich neben seiner Rechtspflicht zu heilen. Es ist m.E. unzweifelhaft, daß es eine Pflicht zur Aufklärung aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag geben kann. Am deutlichsten wäre dies der Fall, wenn der Arzt sich dem Patienten gegenüber ausdrücklich zu einer Aufklärung über bestimmte Fragen oder in einem bestimmten Umfang verpflichtet hat, z.B. würde eine echte Aufklärungspflicht des Arztes bestehen, wenn ein Leistungssportler wissen will, ob seine Verletzungen ein weiteres Trainieren im Hinblick auf eine nahe Olympiade sinnvoll erscheinen lassen. Hier wird

nach Sinn und Zweck des geschlossenen Vertrages gerade eine lückenlose Aufklärung eine Hauptpflicht des Arztes darstellen. Ausdrückliche Verpflichtungen dieser Art werden aber die Ausnahme bleiben.

Gegenstand des Vertrages kann auch eine Diagnoseaufklärung<sup>27)</sup> einer Krankheit sein, oder auch eine Therapie-richtlinie für den Patienten, wie ein z.B. ambulant behandeltes Leiden, durch ein entsprechendes Verhalten des Patienten (Diät etc.) therapiert werden kann. Wird die Aufklärung zum Hauptgegenstand des Vertrages gemacht, so kann sich das auf die Diagnoseaufklärung, oder auf die Bedeutung und die Auswirkungen eines Eingriffs beziehen; besonders wird dies dann notwendig werden, wenn sich die Auswirkungen auf den persönlichen Lebensbereich, etwa die Familie oder den Beruf, auswirken.

#### a) Hauptleistungspflicht des Arztes?

Eine Aufklärung über einen medizinischen Eingriff, die als Hauptpflicht des Vertrages allerdings selten sein wird,<sup>28)</sup> ist dann vorhanden, wenn der Patient vom Arzt verlangt, ihn über alle Möglichkeiten und Folgen des Eingriffs, der in Zusammenhang mit einer bestimmten Krankheit steht, zu unterrichten. Das Motiv des Patienten wird in diesen Fällen darin zu sehen sein, zu erkennen, ob ein bestimmter Eingriff notwendig bzw. sinnvoll erscheint.

#### - Aufklärung als Nebenpflicht -

Auch wenn die Aufklärung meist keinen unmittelbaren Stellenwert im Heilungsverlauf hat, so muß sie doch als ein, wenn auch am Rande liegender, Teil der Vertragspflicht angesehen werden. Der Kranke möchte zwar zunächst den Heilzweck, nämlich die Förderung, Besserung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfolgt sehen, die Erfüllung dieser Hauptpflicht läßt sich für den Arzt aber nur durch die

gleichzeitige Erfüllung einer Reihe anderer Pflichten, sogenannter Nebenpflichten erreichen. Zu diesen Nebenpflichten, die nur zusammen mit einer Hauptpflicht rechtlich relevant sind, gehören im Rahmen eines Arztvertrages u.a. eine Schutz- und Obhutspflicht und vor allem die Aufklärungspflicht. Diese Nebenpflichten gewährleisten erst allgemein oder aus ihrer besonderen Funktion heraus ein Wirksamwerden der Hauptpflicht;<sup>29)</sup> sie werden also notwendigerweise mitgeschuldet. daraus ergibt sich für den Arzt die Verpflichtung, den Kranken über den Behandlungsstand, das bisherige Ergebnis und gegebenenfalls über weitere Maßnahmen und deren Sicherung zu unterrichten.

#### b) Neben(-leistungs)-pflicht des Arztes?

Ist die Aufklärungsverpflichtung nun als einfache Nebenpflicht oder als Nebenleistungspflicht zu klassifizieren? In der Rechtssprechung ist eine Trennung zwischen der Aufklärungspflicht als bloßer Nebenpflicht bzw. als Nebenleistungspflicht, bisher nicht durchgeführt worden.<sup>30)</sup>

Für die Unterscheidung zwischen Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten ist entscheidend, daß Nebenleistungspflichten noch in die Gegenseitigkeit der vereinbarten Leistung miteinbezogen sind und ihre Erfüllung noch Gegenstand einer selbständigen Erfüllungsklage sein kann. Sie dienen dazu, die Hauptverpflichtung zu ermöglichen,<sup>31)</sup> oder die zweckgerechte Erfüllung des Schuldverhältnisses zu erreichen.<sup>32)</sup>

Demgegenüber haben bloße Nebenpflichten oder sog. Sicherungspflichten eher eine untergeordnete Bedeutung und beziehen sich nur auf eine Fürsorge oder generelle Sicherung einer geordneten Abwicklung des Schuldverhältnisses. Es kommt darauf an, auf was die Aufklärungspflicht bezogen ist, um die beiden Begriffe differenzieren zu können. Da-

her ist zu trennen, zwischen der Selbstbestimmungsaufklärung, einer nicht einwilligungsrelevanten Aufklärung und einer Aufklärung, die die Sicherung des Heilerfolgs zum Inhalt hat. Mit einer solchen Trennung wird zugleich eine Festlegung oder Kennzeichnung des Schuldinhaltes des jeweiligen Pflichtbereichs erreicht.

Die einwilligungsrelevante Aufklärung hängt mit dem Arzt-Vertrag in der Weise zusammen, daß die Erfüllung des wesentlichen Inhalts des Vertrages, die Hilfeleistung,<sup>33)</sup> sich ohne Aufklärung für den Arzt rechtmäßig nicht erreichen läßt. Der im Rahmen einer Behandlung sich als notwendig erweisende Eingriff ist nur zulässig, wenn eine wirksame Einwilligung vorliegt, was aber eine Aufklärung voraussetzt. Z.B. liegt eine unwirksame Einwilligung und damit ein rechtswidriger Eingriff vor, wenn der Arzt den Patienten nicht über die Möglichkeit einer Komplikation des Eingriffs aufklärt, die nach der Statistik bei 10% derartiger Eingriffe aufzutreten pflegt. Dem Patienten erscheint es dabei in der Regel als wichtig, gegebenenfalls noch zwischen dem Eingriff und den potentiellen Komplikationen abwägen zu können, die sich mit diesem verbinden. Folglich ist die einwilligungsrelevante Aufklärung als eine Nebenleistungspflicht zu sehen.<sup>34)</sup>

In diesem Sinne ließe sich daran denken die Diagnose-Prognose-Aufklärung als Nebenleistungspflicht zu bestimmen. Die Notwendigkeit der Bekanntgabe des Befundes ergibt sich vielfach in Verbindung mit der Aufklärung über die Bedeutung, Tragweite und Gefahren eines Eingriffs. Die Aufklärung über den Befund ist deshalb für den Patienten von besonderem Interesse, da sich für ihn erst mit dem Wissen von dem Ernst der Krankheit die Möglichkeit einer sinnvollen und vernünftigen Entscheidung in einen indicierten Eingriff ergibt.

Deshalb läßt sich im Ergebnis die ärztliche Aufklärung als eigenständige Nebenleistungspflicht des Arzt-Patienten-Vertrages einordnen.<sup>35)</sup>

## II) Unerlaubte Handlung

### 1) Ärztlicher Eingriff als Körperverletzung

Das RG und vor allem der BGH<sup>36)</sup> stehen auf dem Standpunkt, daß der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB erfüllt, da jeder "äußerliche nicht ganz unbedenkliche Eingriff" das Recht auf körperliche Unversehrtheit verletze. Larenz weist darauf hin, daß in § 823 BGB fest umrissene Tatbestände geschaffen seien; der Begriff körperliche Integrität sei eindeutig. Daher sehe das Gesetz, in jeder nicht völlig bedeutungslosen Einwirkung auf eines der dort genannten Rechtsgüter, eine Rechtsverletzung, deren Rechtswidrigkeit nur durch einen besonderen Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen werden könne. Im übrigen qualifiziere das BGB den Begriff Körperverletzung nicht social,<sup>37)</sup> deshalb könne es bei der Beurteilung des ärztlichen Eingriffs nicht auf dessen Zweckrichtung oder auf eine sogenannte sociale Sinnhaftigkeit des Geschehens<sup>38)</sup> ankommen. Das Gesetz lasse die Finalität unbeachtet. Das ärztliche Handeln könne nur unter dem Gesichtspunkt des Erfolges gesehen und nicht nach seinem objektiven Gesamtcharakter bewertet werden. Folglich sei der ärztliche Eingriff eine Körperverletzung, da der Begriff körperliche Unversehrtheit unzweifelhaft sei.<sup>39)</sup>

2) Ärztlicher Eingriff als Verletzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts

(Sonstiges Recht i.S. von § 823 I BGB)

a) Selbstbestimmungsrecht

b) Art. 2 II GG

Im Zivilrecht versucht man im Rahmen von § 823 BGB den ärztlichen Heileingriff vom Tatbestand der Körperverletzung zu lösen. Der Arzt solle nur nach § 823 I BGB haften, wenn der de lege artis ausgeführte Eingriff eigenmächtig vorgenommen wurde. Der Verletzungstatbestand bezieht sich hier nicht auf den Körper, sondern auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Sinne eines sonstigen Rechtes i.S. von § 823 I BGB, denn nach der Rechtsprechung des BGH<sup>40)</sup> wird ein allgemeines Persönlichkeitsrecht im Rahmen eines sonstigen Rechts geschützt. Die Verletzung besteht darin, daß durch ein eigenmächtiges Handeln des Arztes, d.h. ein Handeln unter Mißachtung des Selbstbestimmungsrechtes, der Patient in seinem durch das Grundgesetz garantierten Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 I GG) beeinträchtigt werde.<sup>41)</sup>

Der Unterschied beider Ansatzpunkte besteht darin, daß bei der Körperverletzung die Rechtswidrigkeit des an sich vorhandenen Tatbestandes durch die Einwilligung des Patienten beseitigt wird, während bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes eine Körperverletzung schon tatbestandsmäßig nicht gegeben ist. Die Einwilligung hat hier vielmehr die Funktion einer Verletzung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte auszuschließen.

### 3) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Liegt eine wirksame Einwilligung vor, so hat sie zwei Funktionen: einmal die Rechtfertigung der Körperverletzung, zum anderen aber das Entfallen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes.<sup>42)</sup>

Für die Wirksamkeit der Einwilligung ist die dogmatische Einordnung nicht das Entscheidende, denn in jedem Falle ist hierfür Voraussetzung, daß der Arzt den Patienten aufgeklärt hat.

Es bleiben aber Bedenken den eigenmächtigen ärztlichen Heileingriff als Verletzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ("sonstiges Recht", § 823 I BGB) einzuordnen. Zu beanstanden ist, daß nicht streng zwischen der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund und der eigentlichen Rechtsgutverletzung getrennt wird. Mit dem Eingriff wird die körperliche Unversehrtheit betroffen und nicht das Recht im Sinne von Art. 2 II S. 2 GG. Gerade weil der Körper und nicht die Verfügungsfreiheit darüber angegriffen wird, liegt eine Körperverletzung vor.

Die vom Patienten erklärte Einwilligung bezieht sich nicht auf ein Freiheitsrecht, sie ist von vorneherein auf die Körperverletzung bezogen, was auch dem eigentlichen Willen des Patienten entspricht. Nach der von Dürig gegebenen Inhaltsdefinition des Rechts auf körperliche Unversehrtheit deckt sich dieses mit den Begriffen Körper und Gesundheit i.S. von § 823 I BGB. In Art. 2 II S.1 GG ist insofern von "verfassungswegen" das Recht des ärztlichen Heileingriffs "schärfer umrissen",<sup>43)</sup> d.h. in der Konsequenz, daß durch den ärztlichen Heileingriff zugleich auch der äußere Tatbestand des Rechts auf körperliche Unversehrtheit betroffen ist und nur durch einen Unrechtsausschließungsgrund gerechtfertigt sein kann. Darauf liegt die Betonung und nicht so sehr auf dem Recht auf persönliche Freiheit i.S.

von Art. 2 II S.2 GG.<sup>44)</sup> Soweit also der ärztliche Eingriff als Körperverletzung angesehen wird, findet das durch Art. 2 II S. 1 GG seine Bestätigung,<sup>45)</sup> weil es u. a. auf die Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit ankommt, die durch jeden nicht gerechtfertigten Eingriff tangiert wird.

#### 4) Aufklärung als "conditio sine qua non" der Einwilligung

Der gemeinsame Nenner zwischen Aufklärung und Einwilligung: Die Aufklärung ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung; mit der Aufklärung über den Eingriff gibt der Arzt dem Patienten die Kenntnis, damit dieser sich entscheiden kann, ob der Eingriff vorgenommen wird, oder unterbleibt. Es ist unwesentlich in welcher Form der Patient seine Einwilligung erklärt, die rechtfertigende Wirkung besteht nur insoweit, als der Patient weiß, in was er einwilligt.<sup>46)</sup> Deshalb muß der Arzt den Patienten zunächst aufklären, dies steht im Vordergrund jeglicher ärztlicher Tätigkeit. Die Aufklärung ist eine Funktion der Einwilligung, diese wiederum eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs.

Mit der Feststellung der Arzt habe aufzuklären, um den Eingriff zu rechtfertigen und damit die körperliche Unversehrtheit zu wahren, ist aber nicht allzuviel ausgesagt, wenn man nicht den konkreten Anlaß der Aufklärung mitberücksichtigt. Der Patient ist normalerweise nicht in der Lage, von sich aus zu entscheiden, ob die mit dem Eingriff verbundenen Unannehmlichkeiten und Gefahren in einer realistischen Beziehung zu Heilungschance stehen. Deshalb klärt der Arzt in einer bestimmten Zweckrichtung auf, damit der Patient eine wirksame und vernünftige Einwilli-

gung erteilen kann. Die Funktion der Aufklärung ist also eine vernünftige Entscheidung des Patienten herbeizuführen; dieser muß die indicierte Maßnahme verstanden und sich entsprechend den Erläuterungen des Arztes entscheiden haben. Die Aufklärung wäre demnach eine zweckgerichtete Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung in einen indicierten Eingriff. Der jeweilige Heilzweck des Eingriffs stellt die Verbindung zwischen Aufklärung und Einwilligung dar; beide werden auf diesen Zweck bezogen. Man kann deshalb definieren: Aufklärung steht in Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht, hat in der Regel die Heilung zum Gegenstand und macht die Einwilligung des Patienten erst wirksam.

5) Rechtsnatur dieser Art von Aufklärungspflicht:  
Obliegenheit

Neben der oben skizzierten Möglichkeit die Aufklärungspflicht vertraglich zu begründen, erscheint es möglich und erforderlich, daß eine Pflicht zur Aufklärung auch außerhalb eines Vertragsverhältnisses besteht.

So ist an die Fälle zu denken, wo ein Vertrag nicht zustande kam, oder wegen der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Patienten schwebend unwirksam ist. Würde deshalb, da eine vertragliche Aufklärungspflicht nicht bestünde, die Aufklärung ersatzlos entfallen? Deshalb ist zu fragen, ob es nicht eine Aufklärungsverpflichtung des Arztes gibt, die ihren Rechtsgrund außerhalb eines Vertragsverhältnisses findet.

Möglicherweise läßt sich aus der Garantenstellung<sup>47)</sup> des Arztes eine Aufklärungspflicht ableiten. Diese Garantenstellung würde darin bestehen, daß der Arzt es übernimmt, für die Gesundheitserhaltung oder die Heilung des Patien-

ten das spezifisch Notwendige zu veranlassen, wodurch zugleich ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten geschaffen würde, welches seine Konkretisierung dadurch erführe, daß den Arzt eine Schutzpflicht<sup>48)</sup> trifft, die entsprechenden und geeigneten Maßnahmen zu treffen. Falls sich hieraus die Notwendigkeit eines Eingriffs ergibt, würde daraus die Aufklärungspflicht folgen. Aus der Schutz- und Garantenpflicht läßt sich aber die Aufklärungspflicht nicht ableiten, denn die Garantenstellung, aus der die Garantenpflicht folgt, wird begründet durch die Übernahme einer Behandlung, ohne daß der Arzt zunächst dazu verpflichtet war. Die Schutzpflicht bezieht sich hier nur auf das tatsächliche Tun und Unterlassen und löst selbst keine weiteren Verpflichtungen aus; eine solche weitere Verpflichtung trifft den Arzt erst, wenn der Arzt einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre getätigt hat, d.h. konkret: eine Körperverletzung begangen hätte. Diese wäre rechtswidrig, wenn kein Rechtfertigungsgrund<sup>49)</sup> vorhanden ist. Folglich trifft den Arzt eine Aufklärungspflicht um die Widerrechtlichkeit des Eingriffs auszuschließen; diese begründet aber keine eigentliche Handlungspflicht, sondern eine "funktionelle Nötigung" i.S. einer minderen Verpflichtung, wie das von R. Schmidt<sup>50)</sup> bezeichnet wird. Diese besteht darin, daß die Widerrechtlichkeit der unerlaubten Handlung nur wegfällt, wenn der Arzt es nicht unterläßt, die Rechtfertigung herbeizuführen und dabei genötigt ist aufzuklären, was aber nicht heißt, daß es eine Rechtspflicht zur Aufklärung gäbe, denn eine Rechtspflicht zur Unterlassung unerlaubter Handlungen<sup>51)</sup> gibt es nicht. Die Pflicht zur Aufklärung läßt sich demnach nur als eine Pflicht minderen Grades, als eine Obliegenheit<sup>52)</sup> bezeichnen. Unter diese von R. Schmidt mitbestimmte Begriffs- und Inhaltsbildung der Obliegenheit, läßt sich die ärztliche, auf den Eingriff be-

zogene Aufklärung i.S. einer Selbstbestimmungsaufklärung, einzuordnen. Eine Nichtbeachtung des Selbstbestimmungsrechtes hat den rechtlichen Nachteil zur Folge, daß keine wirksame Einwilligung für den Eingriff vorliegt. Daraus ergibt sich jedoch nicht die Möglichkeit einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, wie das bei der Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht der Fall wäre. Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich erst in einer weiteren Folge: die fehlende Aufklärung bedeutet ein Nichtbeachten des Selbstbestimmungsrechtes und führt zu einem Fehlen der Einwilligung, oder zu deren Unwirksamkeit, was den Eingriff unrechtmäßig werden läßt, und erst jetzt eine Haftung auslöst. Die Obliegenheit ist insofern allein auf die Einwilligung bezogen, deren Rechtswirksamkeit herbeigeführt werden soll.

### III) Zwischenergebnis: Rechtliche Typisierung als vertragliche Nebenleistungspflicht und Obliegenheit und das Verhältnis zueinander.

Als Ergebnis läßt sich bisher festhalten, daß die Aufklärungspflicht zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen hat; einmal ist sie als Nebenleistungspflicht aus dem Arzt-Vertrag zu bestimmen, und zum anderen als Aufklärungsobliegenheit als mindere Pflicht zum Unterlassen einer unerlaubten Handlung.

Soweit die Aufklärungspflicht als Obliegenheit gesehen wird, trifft den Arzt dann eine Aufklärungspflicht, wenn er sich veranlaßt sieht als Arzt zu handeln, und wenn sich die Notwendigkeit eines Eingriffs ergibt. Die Aufklärung ist eine zweckgerichtete Vorbedingung für die Willensbildung und somit für die Einwilligung des Patienten. Der Patient besitzt als Ausfluß des Rechts auf körperliche Un-

versehrtheit allein die Entscheidungsfreiheit, ob er einen Eingriff in seinen Körper zulassen will oder nicht; dazu ist eine vorhergehende Aufklärung durch den Arzt vonnöten. Der Arzt nimmt durch die Aufklärung dem Patienten die Entscheidung nicht ab, sondern das bestehende Vertrauensverhältnis bewirkt, daß sich Aufklärung und Einwilligung nicht als zwei unabhängige Einzelkomplexe gegenüberstehen, sondern durch die Zweckbindung miteinander verknüpft sind. Die Zweckbestimmung des Eingriffs und dessen Notwendigkeit sollte Inhalt der Aufklärung sein; somit ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten überlagert von der führenden Kompetenz des Arztes, weil der Patient in der Regel in das einwilligt, was der Arzt für indiciert hält.

Besteht ein Vertragsverhältnis, so gestaltet sich die Aufklärungspflicht als vertragliche Nebenleistungspflicht, die die Obliegenheit verdrängt. Die Verletzung der Obliegenheit führt zur Unwirksamkeit der Einwilligung, worin für den verpflichteten Arzt ein rechtlicher Nachteil liegt. Bei der Verletzung einer Vertragspflicht kann daraus unmittelbar ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung (pVV) folgen, was bei einer Obliegenheitsverletzung erst mittelbar eintritt. Auf die Einhaltung der Obliegenheit besteht auch kein rechtlicher Anspruch, der bei vertraglichen Nebenpflichten vorhanden ist, soweit diese als Nebenleistungspflichten bezeichnet werden können.

Soweit das Arzt-Patienten-Verhältnis durch die Begründung einer rechtlichen Sonderversicherung (Behandlungsvertrag) ausgefüllt wird, tritt die Obliegenheit in ihrer bestimmten Funktion zurück. Sie wird durch den Vertrag ersetzt ohne aufgehoben zu werden. Aufklärungsobliegenheit und vertragliche Aufklärungspflicht sind hinsichtlich des Umfangs generell identisch, es sei denn, daß innerhalb des Vertrages besondere Vereinbarungen über den Umfang der Auf-

klärung getroffen werden. Im Rahmen der Privatautonomie kann die Aufklärungspflicht eingeschränkt, als auch ausgedehnt werden, womit auch gleichzeitig der Umfang der im Deliktsrecht angesiedelten Aufklärungspflicht begrenzt wird. Ein Fall der Einschränkung der Aufklärungspflicht liegt im Aufklärungsverzicht des Patienten, auf den unten noch ausgiebig einzugehen sein wird.

### C) Verzicht auf Aufklärung

#### I) Möglichkeit eines Rechtsverzichtes im deutschen Recht

Zunächst soll die Möglichkeit eines Rechtsverzichtes im deutschen Zivilrecht untersucht werden.

##### 1) Wer kann verzichten?

Fraglich ist zunächst einmal, wer auf Aufklärung verzichten kann. Zum einen ist daran zu denken, daß der Arzt von sich aus auf Aufklärung ganz oder teilweise "verzichtet". Als Beispiel soll hier an den Fall des Basedow-Kranken erinnert werden, der operiert werden soll. Jegliche psychische Belastung, und als das stellt sich eine Operation und die Konfrontation mit möglichen Risiken und Gefahren dar, ist hier kontraindiziert, da die Möglichkeit einer eventuell tödlich verlaufenden Basedow-Krise nicht auszuschließen ist. Somit könnte in diesem Fall formuliert werden, der Arzt könne bzw. müsse hier auf jegliche Aufklärung "verzichten". Aber liegt hier ein wirklicher Verzicht vor, oder sollte hier nicht neutraler und besser von einem Wegfall der Aufklärung gesprochen werden? Nach allgemeinen

Grundsätzen kann man nur auf Rechte verzichten; nach obigen Ausführungen ist dargestellt worden, daß die Aufklärungspflicht als eine vertragliche Nebenleistungspflicht, bzw. als Obliegenheit, anzusehen ist.

## 2) Patient als Rechtsinhaber

Auf jeden Fall handelt es sich um Rechte des Patienten, denn nach Sinn und Zweck des Vertrages ist die Aufklärung eine Funktion der Einwilligung, und diese wiederum ist ein Recht des Patienten, das er erteilen oder versagen kann. Folglich ist es ein Recht des Patienten entweder den Eingriff als rechtmäßig zuzulassen, oder zu einem rechtswidrigen Akt zu degradieren. Als Rechtsinhaber ist also nur der Patient anzusehen; auf ein Recht kann aber nur der Rechtsinhaber verzichten, es ist schon begrifflich nicht möglich, daß jemand auf etwas verzichtet, auf das er kein Recht hat. Deshalb kann beim Aufklärungsverzicht nie von einem "Verzicht" des Arztes im Sinne einer aus verschiedenen Gründen möglichen Wegfalls der ärztlichen Aufklärung gesprochen werden. Vielmehr ist unter Aufklärungsverzicht nur und ausschließlich zu verstehen, daß der Patient dem Arzt gegenüber äußert, - in welcher Form wird noch darzustellen sein - er lege auf Aufklärung generell oder partiell keinen Wert.

Dadurch ist aber noch nicht geklärt, was der Inhalt dieses Verzichtes ist, wodurch eine Untersuchung des Begriffs Rechtsverzicht unumgänglich wird.

## 3) Definition des Rechts-"Verzichtes"

Als Verzicht ist nach der Definition von Walsmann,<sup>53)</sup>

"das auf dem Willen des Berechtigten beruhende Aufgeben von Vorteilen, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung gewährleistet sind", zu verstehen. "Diese Vorteile bestehen entweder in einem Recht des Verzichtenden, oder es sind vom Gesetz zugunsten des Verzichtenden aufgestellte Verfahrensvorschriften." Wichtig ist also, daß nur etwas verzichtbar ist, was dem Berechtigten Vorteil bietet. Trifft dieses Kriterium nun auf die Aufklärungspflicht des Arztes zu? Es ist davon auszugehen, daß die Aufklärungsverpflichtung des Arztes dem Patienten einen rechtlichen Vorteil bringt, da sie ihm das Wahlrecht ermöglicht in eine Körperverletzung einzuwilligen oder diese abzuweisen, also auch letztlich von seinem Selbstbestimmungsrecht Gebrauch zu machen.

Daraus sieht man, daß ein Verzicht auf ein Rechtsverhältnis, auf Fähigkeiten und Eigenschaften nicht möglich ist. So ist z.B. ein Verzicht auf einzelne Rechte, die aus dem Besitz abgeleitet werden, möglich, aber ein Verzicht auf den Besitz selbst schlechthin unmöglich.

Wesentlich zum Verzicht gehört nach Walsmann<sup>54)</sup> eine Aufgabenerklärung des Verzichtenden. Diese kann ausdrücklich oder auch konkludent erfolgen, jedenfalls muß hinter dem Verzicht ein rechtserheblicher Wille des Verzichtenden vorhanden sein. Diese Erklärung muß auf die Aufhebung der in Frage kommenden Vorteile gerichtet sein; sie trägt an sich rechtsgeschäftlichen Charakter, aber unter Rechtsgeschäft im weitesten Sinn muß ein Tatbestand verstanden werden, dessen wesentlicher Bestandteil eine auf Rechtsfolgen gerichtete Willenserklärung ist, die deshalb eintreten, weil sie gewollt sind. Die Willenserklärung des Verzichtenden ist nur das Minimum, der Kern der Verzichtssaktion. Diese besteht entweder in einer einseitigen Willenserklärung, die meist empfangsbedürftig sein wird, es kann sogar vorkommen, daß zur Verzichtssaktion ein Vertrag notwendig wird.

Die Wirkung des Verzichts ist stets die Vernichtung des dem Verzichtenden von der Rechtsordnung gewährten Vorteils. Das Recht auf das verzichtet wird, wird durch den Verzicht ipso iure aufgehoben; ebenso wird bei Verfahrensvorschriften der gesetzlich bestehende Zwang ipso iure beseitigt. Eine Erklärung des Berechtigten, die einem anderen nur ein Gegenrecht gegenüber seinem Recht gewährt, ist kein Verzicht. Ebenso ist eine Erklärung, durch die sich der Berechtigte nur dazu verpflichtet, von seinem Recht keinen Gebrauch zu machen, begrifflich kein Verzicht. Es ist also nicht richtig, da von einem Verzicht zu sprechen, wo das Recht des Verzichtenden durch seine Erklärung nicht aufgehoben, sondern vielmehr nur die obligatorische Verpflichtung zur Nichtausübung des Rechts übernommen wird. "Die Frage der Verzichtbarkeit ist nur die Frage, inwieweit der Berechtigte sich der Möglichkeit berauben kann, sein Recht auszuüben, auch wenn er es ausüben möchte. Die Verpflichtung zur Nichtausübung nimmt ihm diese Möglichkeit nicht."<sup>55)</sup>

#### 4) Worin besteht der Verzicht des Patienten? Bedeutung des Selbstbestimmungsrechtes

Geht man von der Arbeitshypothese des Verzichts aus, so stellt sich das Problem genauer zu bestimmen, worauf eigentlich rechtlich "verzichtet" wird, wenn der Patient keinerlei Aufklärung wünscht. Man könnte zunächst annehmen, hier würde auf das Recht auf körperliche Unversehrtheit verzichtet, das in Art. 2 II GG gesetzlich geschützt wird. Im Wertsystem der Grundrechte stellen die in Art. 2 II GG genannten Werte ("Leben, körperliche Unversehrtheit" etc.) Teilwerte im Verhältnis zum allgemeinen Wert der menschlichen Freiheit dar. Der Wert körperliche Unversehrt-

heit ist also ein Teilfreiheitsrecht und bedeutet Freiheit vor Schmerzen, Verunstaltung und vor körperlicher Gesundheitsverletzung.<sup>56)</sup> Daher geht es also im Rahmen des Art. 2 GG weniger darum Leben, Gesundheit etc. zu schützen, sondern um das Recht des einzelnen, selbst darüber bestimmen zu können, wie er seine körperliche Sphäre gestaltet sehen will. Es geht also hier in erster Linie um die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten und erst in zweiter Linie um die körperliche Unversehrtheit. Diese bedeute nach Eberhardt<sup>57)</sup>

"gegenüber dem Heilbehandler nichts anderes mehr als augenscheinlichste Konkretisierung, ja Inkarnation der Entscheidungsfreiheit, die dem Patienten in Bezug auf das Schicksal seines Körpers zusteht. Die körperliche Unversehrtheit ist die sinnfälligste Manifestierung des Selbstbestimmungsrechtes in Bezug auf den Körper, eine Barriere, die den Bereich der personalen Entschließungsfreiheit im Faktischen klar abgrenzt."

Danach bedeutet ein Aufklärungsverzicht allenfalls einen Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, denn dieser ist ohne Aufklärung objektiv nicht in der Lage dieses Selbstbestimmungsrecht in Form der Einwilligung oder Ablehnung auszuüben. Deshalb braucht auch nicht in jedem ärztlichen Eingriff eine Beeinflussung der körperlichen Integrität gesehen zu werden; man denke nur an Fälle, wo Hypnose zur ärztlichen Anwendung gelangt. Körperliche Integrität ist also nur ein Teilbereich der Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten.

Das Selbstbestimmungsrecht ist wiederum eingebettet in die allgemeinen Persönlichkeitsrechte<sup>58)</sup> und ist zugleich Bestandteil dieser. Die allgemeinen Persönlichkeitsrechte stellen eine Generalklausel dar; sie sollen immer dann gelten, wenn keine speciellere Norm vorhanden ist. Danach sind die allgemeinen Persönlichkeitsrechte<sup>60)</sup> folgendermaßen zu definieren: Sie bilden eine Generalklausel, welche den allgemeinen Rechtszweck, dem Individuum zu dienen, un-

mittelbar verfolgt; und zwar, indem sie die Persönlichkeit in den ihr von der Natur zugeordneten Gütern vor Verletzung privatrechtlich schützt, soweit diese Güter nicht vermögensmäßig ausdrückbar sind. Die allgemeinen Persönlichkeitsrechte sind als subjektive Rechte des Einzelnen zu verstehen, da der einzelne Patient nicht der Allgemeinheit (Staat) in seiner Ausübung verpflichtet ist, sondern einem anderen Bürger, der seinerseits als Berechtigter erscheinen kann. Normsetzendes Subjekt ist also nicht der Staat, sondern der einzelne Berechtigte. Er entscheidet, ob er auf Erfüllung der Pflicht beharrt, oder darauf verzichtet.

Bei den Persönlichkeitsrechten handelt es sich auch um absolute Rechte. "Absolute Rechte sind diejenigen, welche gegen jedermann wirken, relative sind solche, welche nur gegen eine einzelne Person, oder eine exklusive Mehrheit von Personen wirken;<sup>61)</sup> danach ist durch ein absolutes Recht jedermann verpflichtet. Umgekehrt wird durch ein relatives Recht nur eine einzelne Person verpflichtet. Die Persönlichkeitsrechte und damit das Selbstbestimmungsrecht sind also absolute Rechte, weil sie nur dann wirk-samen Schutz ausüben, wenn sie gegen jedermann wirken. So richtet sich eben das Recht des Patienten über seinen Körper selbst zu bestimmen, theoretisch gegen alle rechtsfähigen Bürger, hat aber nur negativen Inhalt, d.h. Jedermann muß es unterlassen, dieses Recht zu schmälern. Aus der Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes ergibt sich ein relatives persönliches Recht: der Anspruch auf Ersatzleistung.

Halten wir als Zwischenergebnis fest: der Aufklärungsverzicht wäre folglich ein Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das sich als absolutes subjektives Recht beschreibt.

5) Ist ein Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht möglich?

Ist aber ein Verzicht im oben definierten Sinne (ipso iure) eines absoluten subjektiven Rechtes (Persönlichkeitsrecht) überhaupt möglich?

Die Preisgabe eines subjektiven Rechtes liegt dann vor, wenn das Recht für den Berechtigten zu bestehen aufhört, d.h., wenn dieser seine Willensherrschaft verliert. Diese Preisgabe kann auf zwei Arten geschehen:

1. durch Übertragung des Rechts auf einen Dritten;
2. durch Verzicht auf das Recht.

Die 1. Art soll hier nicht näher erörtert werden und ist auch weitgehend unproblematisch, jedoch soll hier auf die Bedeutung des Rechtsverzichtes noch näher eingegangen werden.

Die Schwierigkeiten rühren daher, daß Verzicht genaugenommen nur ein Sonderfall der Ausübung eines Rechtes ist; diese Ausübung muß aber bei Persönlichkeitsrechten grundsätzlich möglich sein. Als Beispiel soll hier der Verzicht auf ein relatives Recht erwähnt werden: Verzicht auf Rückzahlung eines Darlehens. Der Verzicht besteht darin, daß die Willensmacht einmalig und endgültig, bindend und unwiderruflich ausgeübt wird.

Bei den absoluten Rechten ist das grundsätzlich nicht anders, jedoch dürfte ein gänzlicher Verzicht auf ein absolutes Persönlichkeitsrecht ausgeschlossen sein. Da diese Art von Persönlichkeitsrechten um die es hier geht, absolut<sup>62)</sup> sind und den dinglichen Rechten gleichgestellt sind, könnte ein solcher Verzicht nur an alle Normaladressaten, d.h. durch Deriktion erfolgen. Eine solche ist aber, "per definitionem"<sup>63)</sup> ausgeschlossen, da die Persönlichkeitsrechte die dem Einzelnen von der Natur zugeordneten Güter schützen." Daraus folgt auch, daß die Einwilli-

gung in einen Eingriff, der ein allgemeines Persönlichkeitsrecht tangiert, nicht bindend gegeben werden kann, sondern bis zur tatsächlichen Vornahme des ärztlichen Eingriffs jederzeit widerrufen werden kann.

#### 6) Selbstbestimmungsrecht ipso iure unverzichtbar

Ein Verzicht im rechtlichen Sinne, d.h. die Vernichtung des dem "Verzichtenden" von der Rechtsordnung gewährten Vorteils, mit der Konsequenz, daß das Recht ipso iure aufgehoben wird, ist demnach bei den allgemeinen Persönlichkeitsrechten, speciell beim Selbstbestimmungsrecht des Patienten, das gegen jedermann wirkt, völlig ausgeschlossen!

### II) Rechtliche Interpretation eines Aufklärungsverzichtes

Da es aber, wie auch der BGH<sup>64)</sup> anerkennt, tatsächlich möglich sein muß, daß ein Patient nicht aufgeklärt zu werden wünscht, kann das nicht zu dem unsinnigen Ergebnis führen, daß der Patient trotzdem aufgeklärt wird, da ein Rechtsverzicht im oben definierten Sinne nicht möglich ist. Somit bleibt zu untersuchen, wie der "Verzicht" des Patienten rechtlich einzuordnen ist.

#### 1) Erlaßvertrag (Wiethölter)?

Nach Wiethölter<sup>65)</sup> ist der Aufklärungsverzicht als ein Erlaßvertrag gemäß § 397 BGB zu betrachten. Zunächst ist auch nach obiger Definition die Aufklärung als Nebenleistungspflicht des Arztes eine Vertragspflicht, die dem Schuldner vom Gläubiger Patient durchaus erlassen werden könnte. Ein

Vertrag darüber käme durch übereinstimmende Willenserklärung der Kontrahenten darüber zustande, was auch durch konkludente Willenserklärung möglich wäre. Es ist unzweifelhaft, daß ein Aufklärungsverzicht durchaus in der Form eines Vertrages zustande kommen und abgewickelt werden kann, wenn die Tatsache, daß der Patient nicht aufgeklärt zu werden wünscht, Bestandteil des Behandlungsvertrages wird. Doch wird dies in den seltensten Fällen Bestandteil des Behandlungsvertrages werden, sodaß wohl ein Erlaßvertrag geschlossen werden müßte. Dabei kommt man nicht umhin eine Abgrenzung zwischen Erlaß und Verzicht vorzunehmen; Erlaß ist nämlich etwas gänzlich anderes als Verzicht. Erlaß bildet nach dem BGB die vertragsmäßige Aufhebung des Schuldverhältnisses, in dem der Gläubiger durch Vertrag dem Schuldner die Schuld erläßt. Herr des Schuldverhältnisses sind hier sowohl der Patient als auch der Arzt; nur wenn beide durch gleichlautende Erklärungen den Aufhebungswillen kundtun, kann das Schuldverhältnis<sup>66)</sup> erlöschen. Der Patient (Gläubiger) wird in diesen Fällen sicherlich ausdrücklich oder konkludent eine Willenserklärung an den Arzt (Schuldner) richten, daß er nicht aufgeklärt zu werden wünscht. Es ist aber nicht ersichtlich, inwieweit hier der Arzt überhaupt was erklärt, was aber beim Erlaßvertrag notwendig wäre; m.E. fehlt es hier sowohl am subjektiven Erklärungsbewußtsein, als auch am objektiven Erklärungswert des Arztes, wenn dieser seinerseits den entsprechenden Aufklärungsverzicht des Patienten zur Kenntnis nimmt. Dieses grundsätzliche Mitwirkungserfordernis<sup>67)</sup> des Arztes beim Erlaßvertrag nach § 397 BGB, ist bei dem, was realiter beim Aufklärungsverzicht geschieht, nicht mehr hineinzuzinterpretieren. Im übrigen könnte bei einem Erlaßvertrag der Patient seinen Aufklärungsverzicht nicht ohne weiteres widerrufen, wenn etwa das Vertrauen zwischen Arzt und Patient nicht mehr

vorhanden wäre. Folglich könnte hier der Arzt einwenden: pacta sunt servanda (!) Eine absurde Vorstellung, die deutlich macht, daß dem Aufklärungsverzicht nicht nur kein Erlaßvertrag, sonder überhaupt kein Vertragsverhältnis zugrunde gelegt sein kann.

## 2) Pactum de non petendo?

Liegt beim Aufklärungsverzicht ein sogenannter "pactum de non petendo" vor, d.h. das Versprechen des Gläubigers Patient gegenüber dem Arzt, die Forderung Aufklärung nicht geltend zu machen? Der Arzt als Schuldner würde dadurch nicht befreit, sondern er erhielte die Möglichkeit, der Geltendmachung der Forderung im Wege einer Einrede zu widersprechen.<sup>68)</sup> Die Schuld (Verpflichtung zur Aufklärung) bliebe erfüllbar, doch wäre die Forderung vom Patienten nicht mehr vor Gericht durchsetzbar. Da nach dieser Definition des "pactum de non petendo" die Pflicht zur Aufklärung für den Arzt nicht wirklich entfiele, und dadurch den Wünschen des Patienten nicht Rechnung getragen würde, kann kein pactum de non petendo beim Aufklärungsverzicht vorliegen.

## 3) Einseitiges Nichtgeltendmachen eines Rechtes als Ausfluß des Selbstbestimmungsrechtes

Da aber ein echter Rechtsverzicht beim Aufklärungsverzicht nicht vorliegen kann - eine ipso iure Aufhebung des Selbstbestimmungsrechtes ist nicht möglich - so stellt sich endlich die Frage, ob im Aufklärungsverzicht nicht eine einseitige obligatorische Verpflichtung zur Nichtausübung des Selbstbestimmungsrechtes zu sehen ist.

So sind doch Erklärungen des Patienten wie z.B. "ich habe vollstes Vertrauen, machen Sie was sie für richtig halten, auf nähere Unterrichtung lege ich keinen Wert, da ich als Laie doch nicht alles verstehen würde", gerade nicht als eigentlicher Rechtsverzicht auf das Selbstbestimmungsrecht zu interpretieren, sondern als eine Erklärung des Patienten, gültig nur für diesen einen speziellen Tatbestand, mit dem Inhalt, sein Selbstbestimmungsrecht nicht zu gebrauchen.

Diese Art von Aufklärungs"verzicht" ist doch gerade ein Ausfluß des Selbstbestimmungsrechtes und nicht wie beim eigentlichen Rechtsverzicht, als Aufhebung und Vernichtung des Selbstbestimmungsrechtes zu sehen. Bucher<sup>69)</sup> spricht in diesem Zusammenhang von einem teilweisen - im Gegensatz zum absoluten - Verzicht; demnach sei dieser teilweise Verzicht in dem Sinne möglich, als sich der Berechtigte in der Ausübung seiner Willensmacht einem Dritten gegenüber rechtsgeschäftlich<sup>70)</sup> bindet. Danach sei seine Willensmacht hinsichtlich eines bestimmten Gutes aufgehoben, und zwar nicht absolut, aber doch relativ; d.h. nur gegenüber einem bestimmten Dritten, eventuell nur für eine bestimmte Zeit. Durch die Ausübung des absoluten Persönlichkeitsrechtes im obigen Sinne wird weder Recht noch Willensmacht eingeschränkt, denn der Berechtigte kann jederzeit seine Einwilligung insofern widerrufen, als er umfassende Aufklärung verlangen kann. Ein Aufklärungsverzicht in der Form eines einseitigen obligatorischen Nichtgeltendmachen eines Patientenrechtes ist also grundsätzlich möglich.

4) Problem der fehlenden Bestimmbarkeit des "Verzichtes" anhand der Einwilligung in Rechtsverletzung zu lösen

Ein weiteres Problem stellt sich aber darin, daß bei einem "Verzicht" (gleichgültig ob absolut oder teilweise) der Verzichtende wissen soll, auf was er eigentlich verzichtet.<sup>71)</sup> Beim Aufklärungsverzicht wird hindessen auf eine Information verzichtet, deren Inhalt der Patient gerade nicht kennt. Der Patient weiß also nicht, auf was er verzichtet, z.B. hat er keinerlei Kenntnis von der Möglichkeit einer Recurrensparese vor einer geplanten Strumektomie. Ist auf dieser Grundlage schließlich der Aufklärungsverzicht nicht fragwürdig oder gar unzulässig?

In der Literatur ist die Möglichkeit eines Aufklärungsverzichtes bisher grundsätzlich zugestanden worden.<sup>72)</sup> Der BGH hat sich bisher nur einmal zur Möglichkeit eines Aufklärungsverzichtes ausgesprochen, ohne daß es im zitierten Urteil (Elektroschockurteil) auf die Frage des Aufklärungsverzichtes angekommen wäre: "Nun wird es Fälle geben, in denen der Patient unter allen Umständen von seinem Leiden befreit sein will und deutlich zu erkennen gibt, daß er alles vertrauensvoll seinem Arzt überläßt. In einem solchen Fall mag es gerechtfertigt sein, daß der Arzt entsprechend dem erkennbaren Wunsche des Patienten von einer näheren Aufklärung absieht." Hier ist dem Kranken, wie Jaspers es ausdrückt, die Autorität des Arztes ein erwünschter fester Punkt, der ihn eigenen Nachdenkens und eigener Verantwortung enthebt.<sup>73)</sup>

Zwar kennt der BGH die Möglichkeit eines Aufklärungsverzichtes voll an, geht aber nicht auf die Bedenken ein, die ihren Ursprung darin haben, daß der verzichtende Patient nicht weiß, auf was er eigentlich verzichtet. Es fehlt also an der Bestimmbarkeit des Aufklärungsverzichtes.

Die Einwilligung in eine Heilbehandlung stellt nach h.M. keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung dar. Somit fällt die Einsichtsfähigkeit nicht zusammen mit der bürgerlich-rechtlichen Geschäftsfähigkeit; Einsichtsfähigkeit bedeutet vielmehr, die von Fall zu Fall vom Arzt zu prüfende Reife und Fähigkeit, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensglück zu ermessen.<sup>74)</sup> So ist die Einwilligung eines Minderjährigen zu einer Operation rechtswirksam, wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu erfassen vermag.<sup>75)</sup> So nimmt auch der BGH an, daß bei der Einwilligung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vorliegt. Daraus folgt, daß der Aufklärungsverzicht, der mit der Einwilligung in einem unlösbaren Zusammenhang steht, - Aufklärung ist eine Funktion des Rechtfertigungsgrundes Einwilligung -, ebenso wenig eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung<sup>76)</sup> zu verkörpern braucht. Denn wenn schon bei der Einwilligung, die unverzichtbar ist, keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung vonnöten ist, so ist bei einem im Vergleich zur Einwilligung niederrangigen Erfordernis, erst recht keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung erforderlich. Die Grundsätze, die für einen rechtsgeschäftlichen Verzicht Anwendung finden - so die Kenntnis vom Verzichts-Inhalt -, kommen folglich hier nicht zur Anwendung. Der Aufklärungsverzicht ist demnach grundsätzlich zulässig.

D) Arten und Inhalt des Aufklärungsverzichtes und dessen Grenzen

I) Allgemeine Voraussetzung: besonderes Vertrauensverhältnis Arzt - Patient

Als allgemeine Grundlage eines Aufklärungsverzichtes muß ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient verlangt werden; denn bei zu schwach ausgeprägtem Vertrauen des Patienten zum Arzt, darf dieser kaum davon ausgehen, daß der Patient auf ein Recht verzichtet und sich auf "Gedeih und Verderb" in die Hände des Arztes begibt. Dabei ist zu betonen, daß beim Aufklärungsverzicht ein besonders ausgeprägtes Vertrauen vorhanden sein wird, denn ein Minimum an Vertrauen muß schon bestehen, damit einerseits der Patient sich in die Behandlung des Arztes begibt, bzw. dieser dem Patienten überhaupt helfen will und kann. Dabei wird aber in der Regel davon auszugehen sein, daß im Zweifel der Patient, wenn keine entgegenstehenden Indizien vorhanden sind, gerade nicht auf Aufklärung verzichten wird. Bei Annahme eines Aufklärungsverzichtes wird also ein über das übliche Maß hinaus gehendes Vertrauen und gegenseitiges Verstehen zu fordern sein, um im Zweifel einen Aufklärungsverzicht in Erwägung ziehen zu dürfen.

Im folgenden soll nun kurz versucht werden den Begriff "Vertrauensverhältnis" wenigstens teilweise positiv auszufüllen.

Wiethölter<sup>77)</sup> geht wohl zu Recht davon aus, daß im Verhältnis Arzt Patient nicht allein eine Rechtsbeziehung zum Ausdruck kommt, vielmehr spielten Begriffe wie Fürsorge, Vertrauen, Verständnis, Liebe etc. eine tragende Rolle, die sich aber gerade einer rechtlichen Würdigung

und Sanktion entziehen würden. Der Arzt-Patienten-Vertrag sei vor allem auch eine Vereinbarung zwischen zwei Menschen über einen von ihnen, über sein Leben und Gesundheit, sein Hoffen und seine menschliche Not. Damit stehe der Vertrag zwischen der rechtsfreien Beziehung zwischen Seelsorger und Christ und der nicht rechtsfreien Sphäre des gewöhnlichen Kunden zu einem Dienstleistungsunternehmen. Grundsätzlich setzt der Vertrag waffengleiche Parteien voraus; Patient und Arzt sind sich aber nicht gleich in ihren Voraussetzungen. Beim Arzt sind Sachverstand und Autorität vereint, während meist beim Patienten Schwäche, Unwissenheit und Hoffnung vorhanden sind. In den USA werden solche Arzt-Patienten-Beziehungen über das rein juristische hinausgehend, durch sogenannte Treuebindungen komplettiert. Allein auf der Basis solcher Treuebindungen, die nichts anderes zum Ausdruck bringen, als daß die Arzt-Patienten-Beziehung ohne eine besondere Vertrauensgrundlage unzureichend beschrieben ist, ist die an sich gegebene Ungleichheit der Vertragsbeziehung zwischen Arzt und Patient auszufüllen und eine gewisse "Ich-Du"-Beziehung<sup>78)</sup> herzustellen.

Andererseits wird eingewandt, das Arzt-Patienten-Verhältnis habe in den letzten 25 Jahren einen so tiefgreifenden Wandel<sup>79)</sup> erfahren, daß diese Vertrauensbasis kaum herstellbar erscheint, was folglich auch einen Aufklärungsverzicht äußerst fraglich machte. So wird angeführt, daß heute der Patient gegenüber dem Arzt freier und selbstbewußter auftrete und ein stärkeres Mitspracherecht fordere;<sup>80)</sup> auch die fortschreitende technische Entwicklung der Medizin beeinträchtige das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient. So wird von Korth und Schmidt<sup>81)</sup> u.a. ausgeführt:

"Es wird immer fragwürdiger, ob man noch von ärztli-

cher Kunst sprechen kann. Dem Kunstfehler von gestern entspricht der Maschinendefekt von morgen. Das menschliche Versagen weicht dem Materialschaden, was man früher durch eine Gewissensprüfung bereinigen mußte, wird in Zukunft durch die Reparatur bereinigt."

Wenn es schon so weit gekommen ist, wie es Korth und Schmidt behaupten, ist es konsequent nicht von Vertrauen zu sprechen, wenn der "Materialschaden" im Vordergrund der Überlegungen steht.

Es kann m.E. nicht bezweifelt werden, daß das Arzt-Patienten-Verhältnis in den letzten Jahren nüchterner und zum Teil bedingt durch die "Apparatemedizin" unpersönlicher geworden ist. Um so mehr verlangt aber der Patient und der verantwortungsbewußte Arzt nach einer persönlichen Beziehung zueinander, die in eine Atmosphäre des Vertrauens eingebettet ist, um die durch die Technisierung der Medizin zweifellos vorhandenen Gefahren der Entfremdung zwischen Arzt und Patient klein zu halten. So muß das eingehende ärztliche Gespräch, das eine wesentliche Voraussetzung für ein gegenseitiges Vertrauen darstellt, wieder einen stärkeren Stellenwert erhalten. Wenn es nicht soweit kommen soll, wie es H. Schäfer<sup>82)</sup> beschreibt, daß das Arzt-Patienten-Verhältnis darin besteht, daß der Patient den Krankenschein einbringt und der Arzt ein Medikament verschreibt, so ist das ärztliche Gespräch als Ausdruck einer besonderen Vertrauensbeziehung heute unverzichtbarer denn je.

Auf der Basis dieser unentbehrlichen Vertrauensbeziehung muß es im Einzelfall möglich sein, daß der Patient sich dem Arzt total anvertraut und auf die Rechte, die ihm der BGH betreffs der Aufklärung immer wieder bestätigt hat, verzichtet, da es seiner physischen Gesundheit und psychischen Stabilität von Nutzen sein kann, sich jeglicher Verantwortung zu entledigen und diese dem Arzt zu überantworten.

### Inhalt des Aufklärungsverzichtes

Unter einem Aufklärungsverzicht ist die ausdrückliche oder stillschweigend konkludente Erklärung des Patienten gegenüber dem Arzt zu verstehen, sich überhaupt kein, oder kein vollständiges Bild von aufklärungsbedürftigen Tatsachen machen zu wollen, sondern die Entscheidung ganz oder teilweise in die Hände des Arztes legen zu wollen.<sup>83)</sup>

Der Patient gibt hier eine generelle Einwilligung zur Behandlung, er verzichtet aber nicht generell auf das Selbstbestimmungsrecht. Der Verzicht kann sich auf alle Umstände, oder nur auf einzelne Komplexe, über die an sich aufgeklärt werden müßte, erstrecken. So kann z.B. bei einer Larynxextirpation der Patient sehr wohl auf die Prognose des Eingriffs verzichten, indem er vielleicht äußert, "er wisse schon, daß er nach dem Eingriff gewisse Schwierigkeiten mit dem Sprechen haben werde", und damit zu erkennen geben, daß er die ganze Wahrheit nicht wissen will, andererseits kann der Patient gleichzeitig auf die Bekanntgabe der Risiken des Eingriffs gerade bestehen. Entscheidend ist aber, da die Einwilligung unverzichtbar ist, daß der auf Aufklärung verzichtende Patient selbst einwilligungsfähig ist.

### II) Ausdrücklich erklärter Verzicht

Dieser Unterfall des Verzichtes bereitet am wenigstens Schwierigkeiten, denn als Ausfluß des Selbstbestimmungsrechtes und der Privatautonomie kann der Patient grundsätzlich jederzeit diese Möglichkeit wählen, und der Arzt ist in der Regel dazu verpflichtet diesem Wunsch Rechnung zu tragen. So erklärt beispielsweise der Patient im Rahmen des ärztlichen Gesprächs, daß er etwa Einzelheiten von Komplikationsmöglichkeiten des Eingriffs nicht wissen

wolle, da er volles Vertrauen in die zutreffenden Heilmaßnahmen des Arztes habe, oder daß er die Abwägung der einzelnen Risikofaktoren in Bezug zur Heilungsprognose nicht in der Lage ist vorzunehmen, da er medizinischer Laie ist o.ä. Nicht erforderlich ist es, daß der Patient die Worte Verzicht bzw. Aufklärungsverzicht benutzt, sondern es muß nur klar und unmißverständlich aus seinen gewählten Worten hervorgehen, daß er auf Aufklärung keinen besonderen Wert lege. Es ist nach Hagedorn<sup>84)</sup> sogar möglich, - und in diesem Punkte ist ihm beizupflichten -, daß der Verzicht nicht einmal spontan geäußert zu werden braucht. So sei es auch denkbar, daß der Arzt den Patienten fragt, ob er über alle wesentlichen Punkte aufgeklärt zu werden wünscht, oder ob er vertrauensvoll alles, oder wenigstens Teile des an sich aufklärungsbedürftigen Komplexes, der Kompetenz des Arztes überlassen wolle; d.h. ob er in seinem Fall dem Arzt die Entscheidung überantworten wolle, das zu tun, was er hier für das Richtige halte.

Ganz entscheidend dabei halte ich aber, daß die Frage des Arztes nicht suggestiv und ohne nur den leisesten "psychischen Zwang" gestellt wird; d.h. der Patient muß noch frei abwägen können, was in seinem Interesse liegt und nicht von vornherein durch eine entsprechend verklausulierte hypothetisch gestellte Frage zu einer dem Arzt geneigten Antwort "gesteuert" werden. Man darf nicht vergessen, daß der Patient in der Regel in einer schwächeren Position ist: zum einen ist er meist unkompetent, zum anderen wird er meist mehr oder weniger wegen seiner Krankheit Angst empfinden und dadurch einer Manipulation betreffs seiner Rechte eher zugänglich sein, als ein Vertragspartner, der dieses Manko nicht besitzt.

Vor allem darf bei einer entsprechenden Antwort des Patienten, die auf Aufklärung besteht, wenn das Gebäude

einer grundsätzlich vorzunehmenden Aufklärung des Arztes nicht in sich zusammenstürzen soll, der Arzt nicht die Behandlung verweigern. Dazu ist er ja grundsätzlich nach § 1 VI der Berufsordnung für Ärzte<sup>85)</sup> berechtigt, in der postuliert wird:

"der Arzt ist in der Ausübung seines Berufes frei. Er kann die ärztliche Behandlung ablehnen, insbes. dann, wenn er der Überzeugung ist, daß das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Patienten nicht besteht. Seine Verpflichtung in Notfällen zu helfen, bleibt hiervon unberührt."

Der Arzt kann also m.E. nicht behaupten, falls der Patient auf Befragen nicht auf Aufklärung verzichtet, er sehe das notwendige Vertrauensverhältnis als nicht gegeben und er lehne demnach gem. § 1 VI der Berufsordnung für Ärzte die Behandlung ab. Der als Ausnahme vom Erfordernis der Aufklärung zu sehende Verzicht kann nicht zu einer allgemeinen Geschäftsbedingung für das Zustandekommen eines Behandlungsvertrages gemacht werden. Es würde m.E. an Nötigung grenzen und dem Grundsatz der Freiwilligkeit des Aufklärungsverzichtes widersprechen, wenn die Behandlung verweigert würde, falls der Patient auf die ihm von den Gerichten zugebilligten Rechte nicht verzichten würde. Auch würde diese Möglichkeit zu einer Zweiklassenmedizin der Ärzteschaft führen: hier der berühmte Spezialist, der nur behandelt, wenn der Patient vorher auf Aufklärung verzichtet, dort der in hartem Konkurrenzkampf stehende Arzt, der gezwungen ist, dem Patienten alle seine Rechte zur Gänze zuzugestehen. Auch ein Verzicht, der erst nach Beginn der Behandlung erfolgt, dürfte nicht rechtswirksam sein.<sup>86)</sup> Nach dem Sinn der Einwilligung muß der Patient die Möglichkeit haben, in freier Selbstbestimmung, nachdem entsprechend aufgeklärt wurde, über den Eingriff zu entscheiden. Hat er auf Aufklärung verzichtet, so konnte er gewissermaßen

alle theoretisch denkbaren Risiken pauschal mit der Einwilligung in Kauf nehmen. Den Patienten erst einmal nicht aufzuklären und nach Beginn der Behandlung nachträglich auf einen Verzicht hinzuwirken, läßt den Patienten keinen Entscheidungsspielraum mehr; für den Patienten würde sich rein tatsächlich nichts mehr ändern. Dieser nachträgliche Verzicht hätte nur noch die Funktion, dem Arzt eventuell hinterher einen Rechtfertigungsgrund zu liefern, wenn der Arzt vielleicht schon befürchten muß, eine der typischen Komplikationen, über die er eigentlich hätte aufklären müssen, werde Realität.

Andererseits ist es aber durchaus möglich, daß ein einmal erklärter Aufklärungsverzicht kurz vor der Behandlung widerrufen wird; dies ergibt sich aus der rechtlichen Charakterisierung des Aufklärungsverzichtes als einseitiges obligatorisches Nichtgeltendmachen eines an sich bestehenden Rechtes, wozu die Zustimmung des Arztes nicht erforderlich ist. (Anders: falls ein Erlaßvertrag vorliegt, ist kein einseitiger Rücktritt vom Aufklärungsverzicht möglich). Der Arzt ist jedenfalls dann verpflichtet den Patienten voll aufzuklären.

Beim Begriff Aufklärungsverzicht ist es aber notwendig, durch Auslegung klarzustellen, worauf sich der Verzicht bezieht, denn wie oben erwähnt, umfaßt der Begriff Aufklärungspflicht sowohl die therapeutische Aufklärung, als auch die Selbstbestimmungsaufklärung.

#### 1) bezüglich der Selbstbestimmungsaufklärung

Zunächst ist die Möglichkeit eines Verzichts bei der sog. Selbstbestimmungsaufklärung zu untersuchen. Nach erfolgter Untergliederung - siehe oben - erfordert diese zu-

nächst einmal, daß der Patient über die Art des Eingriffs wenigstens im wesentlichen unterrichtet wurde. Das heißt beispielsweise, der Patient muß wissen, ob eine operative Methode bei ihm Anwendung findet, oder ob eine Strahlentherapie Verwendung findet. Ein vom Patienten erklärter Aufklärungsverzicht wird sich im Zweifel nicht auf diesen Bereich beziehen, da ein Patient unvorstellbar ist, der z.B. nicht einmal wissen will, ob ein vergleichsweise tiefgreifender Eingriff in die körperliche Unversehrtheit wie eine Amputation vorgenommen wird, oder ob nur konservative Methoden zur Anwendung gelangen. Sollte einmal wirklich ein Patient - denkbar nach einem Suizidversuch einen derartigen Verzicht äußern, so müßte dies für den Arzt unbeachtlich bleiben, da der Patient dadurch zu einem reinen Objekt herabgewürdigt würde. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten würde dadurch im Kern verletzt und hinfällig; es würde kein Unterschied mehr zwischen einer Behandlung eines Menschen und der eines Tieres bestehen, denn auch das Tier weiß nicht, was mit ihm geschieht. Bucher<sup>87)</sup> schreibt zurecht, daß ärztliche Pflichten, die durch Persönlichkeitsrechte des Patienten begründet sind, dann nicht aufgehoben werden könnten, wenn ihre Erfüllung zum materiellen Schutz der Persönlichkeit des Patienten notwendig sind. Dies sei u.a. anzunehmen, wenn der Patient im voraus und generell eine materielle Verletzung seiner Persönlichkeit in Kauf nimmt. Falls sich der Patient soweit wie oben beschrieben, seines Selbstbestimmungsrechts entäußern würde, läge darin eine materielle Verletzung seiner Persönlichkeit und eine gravierende Aushöhlung seiner Persönlichkeitsrechte, sodaß in diesem Bereich - Patient muß über die Art des Eingriffs im wesentlichen unterrichtet sein - ein Aufklärungsverzicht für den Arzt nicht relevant sein kann.

Wie ist aber ein Aufklärungsverzicht zu beurteilen, der

sich auf die Motivationsaufklärung bezieht? Zu unterscheiden sind hier - siehe oben - Diagnoseaufklärung (Notwendigkeit des Eingriffs), Prognoseaufklärung und Risikoaufklärung.

Der vom Patienten ausgesprochene Aufklärungsverzicht wird sich in der Regel auf die Motivationsaufklärung beziehen, insbesondere auf die typischen Risiken eines geplanten Eingriffs; gerade in dem Bereich sind die Faktoren zu sehen, die den Patienten potentiell am meisten beunruhigen und eine klare sachgemäße Entscheidung erschweren. Dieser Verzicht wird grundsätzlich, u.a. wenn er expressis verbis erklärt wird, immer zu befolgen sein. Vor allem bei der Prognose- und Diagnoseaufklärung kann grundsätzlich nichts anderes gelten; u.a. wird der Patient in vielen Fällen die Diagnose nicht hören wollen, wobei er von vornherein zu erkennen gibt, daß er die genaue Diagnose nicht zu wissen wünscht, um etwa die auch heute noch als Todesurteil angesehene Diagnose "Krebs" nicht hören zu müssen, um sich wenigstens noch die Hoffnung auf einen günstigen Krankheitsverlauf zu erhalten. Dies könnte unter Umständen sogar der Fall sein, wenn der Patient die hypothetische Frage stellt: "Nicht wahr Herr Dr., es ist doch nicht etwa Krebs?" Denn oft wird der Patient diese Frage nicht so interpretiert wissen wollen, daß er die Antwort "Ja es ist Krebs" genauso zur Kenntnis zu nehmen bereit ist, als das Gegenteil davon. Vielmehr wird oft der Patient bei solchen nur scheinbar als echte Fragen formulierten Sätzen eine Aufklärung über die Diagnose nur dann wünschen, wenn es sich in Wirklichkeit nicht um Krebs handelt, ansonsten dürften die hypothetisch gestellten Fragen als Aufklärungsverzicht über die Diagnose zu verstehen sein.

Allerdings ist äußerst unzweckmäßig in diesem delikaten Bereich der Aufklärung schematisch vorzugehen; es wird

immer wieder auf die Umstände des Einzelfalles und das menschliche Einfühlungsvermögen des Arztes in die jeweilige Situation ankommen. Ein Verzicht auf die Diagnose spielt auch eine gravierende Rolle beim stillschweigenden Aufklärungsverzicht, worauf noch näher einzugehen sein wird.

## 2) bezüglich der therapeutischen Pflichtaufklärung - Wirkung für den Arzt

Es dürfte äußerst selten sein, daß darauf ein Patient ausdrücklich verzichtet. Erwähnenswert ist, inwieweit ein etwa von einem psychisch Kranken, der aber nicht unzurechnungsfähig ist, ausgesprochener Verzicht für den Arzt verbindlich wäre.

Bei der Pflichtenaufklärung als therapeutisches Lenkungsmittel steht weniger der Wille des Patienten im Vordergrund, als Pflichterfüllung und ärztliche Sorgfalt. Hier gilt nicht: voluntas aegroti seprema lex, sondern Salus aegroti suprema lex. Deshalb ist hier vom Arzt zu fordern, daß die erforderliche Sorgfalt, die der Arzt dem Kranken schuldet, unverzichtbar ist und nicht zur Disposition des Kranken steht. Leider verzichtet der Arzt in der täglichen Praxis zu häufig von sich aus auf Aufklärung als therapeutisches Lenkungsmittel (z.B. Einschränkung des NaCl-Konsums bei Hypertonie), auf Aufklärung über Nebenwirkungen bei Dauergebrauch von bestimmten Medikamenten (Elektrolytstörungen bei Laxantienabusus). Hier stellt sich sogar die Frage, inwieweit hier ein befolgter Aufklärungsverzicht nicht sogar einen ärztlichen Kunstfehler darstellt, worauf noch an anderer Stelle einzugehen sein wird.

Verzicht auf Aufklärung bei prophylaktischen Maßnahmen.

Unter prophylaktischen ärztlichen Maßnahmen sind solche zu verstehen, die den Zweck haben den Ausbruch einer bestimmten Krankheit zu verhindern. Dazu sind nicht nur alle Schutzimpfungen zu rechnen, sondern z.B. auch die Thromboseprophylaxe durch Antikoagulantien (Marcumar, Heparin, etc.). Die Besonderheit bei prophylaktischen Maßnahmen liegt darin, daß im Unterschied zum gewöhnlichen Heileingriff, wo eine real vorhandene Gefährdung von Leben oder Gesundheit des Kranken vorliegt, die eine bestimmte indizierte Maßnahme erfordert, bei prophylaktischen Maßnahmen zunächst keine Krankheit vorhanden ist, sondern diese nur vielleicht einmal auftritt.

Beim gewöhnlichen Heileingriff stehen sich Gesundheitsgefährdung durch Krankheit und Risikofaktoren der Behandlung in klarer Front gegenüber und lassen sich gegebenenfalls gegeneinander abwägen. Bei der Prophylaxe ist die Gesundheitsgefährdung nur eine potentielle, äußerstenfalls eine wahrscheinliche, aber nie eine sichere; dagegen gewinnen die Risiken, die im Gefolge der Prophylaxe auftreten können an Gewicht. Von diesem Hintergrund aus ist die Frage des Aufklärungsverzichtes bei prophylaktischen Eingriffen zu beurteilen.

Interessanterweise beantworteten bei einer Umfrage des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Mainz,<sup>88)</sup> deren Fragebögen in 2260 Exemplaren an die Mitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung Koblenz-Montabaur und Pfalz verschickt wurden, 98% der Internisten und 82% der Gesamtheit aller befragten Ärzte, folgende Frage mit Ja: "Bei der Verordnung von Antikoagulantien weise ich meine Patienten auf mögliche Blutungen hin." Das kann zunächst ein Indiz dafür sein, daß bei prophylaktischen Maßnahmen die Aufklärung von den Ärzten selbst als äußerst wichtig angesehen wird.

Entscheidend ist aber, inwieweit der Arzt auch bei ei-

nem ausdrücklich erklärten Verzicht des Patienten gehalten ist, diesen trotzdem aufzuklären. Handelt es sich um Folgen der Prophylaxe, die unter die Rubrik therapeutische Aufklärung fallen, so dürfte diese unverzichtbar sein, da diese Art der Aufklärung sich aus der ärztlichen Sorgfalt ableitet. Z.B. dürfte bei der Verordnung von Marcumar der Hinweis nicht fehlen, daß bei gleichzeitiger Einnahme anderer Medikamente, wie z. B. Aspirin, Blutungen<sup>89)</sup> auftreten können. Im übrigen ist bei Komplikationen, die unter die Sparte Selbstbestimmungsaufklärung fallen, die Aufklärung um so weniger verzichtbar, je gravierender die Komplikation und um so unwahrscheinlicher das Auftreten der durch die Prophylaxe zu bekämpfenden Krankheit ist. So ist davon auszugehen, daß z.B. bei einer Pockenimpfung der Impfling auf die Möglichkeit einer postvakzinalen Encephalitis hinzuweisen ist, jedenfalls dann, wenn der Patient jenseits des 3. Lebensjahrzehntes steht. Denn einerseits ist nach Auskunft der WHO der Erreger der Pocken ausgerottet, was aber letztlich noch nicht bewiesen ist, andererseits ist die postvakzinale Encephalitis eine derart schwerwiegende Komplikation einer Pockenimpfung, daß bei einer freiwilligen Impfung, bei der der Patient auf Aufklärung verzichtet, trotzdem auf die entfernte Möglichkeit des Auftretens der P.V.E. verwiesen werden muß, da auch das Risiko an Pocken zu erkranken heute sehr gering geworden ist und somit die Möglichkeit, daß eine P.V.E. auftritt beinahe größer ist, als daß man von Variola-Viren befallen wird.

Da bei prophylaktischen Maßnahmen die Krankheit nur potentiell auftritt, sind Risiken und Komplikationen der Prophylaxe um so schwerwiegender und dürften grundsätzlich innerhalb der Aufklärung weniger verzichtbar sein, als beim gewöhnlichen ärztlichen Heileingriff. Ein weiterer

Indikator für verzichtbare oder nichtverzichtbare Aufklärung, dürfte die Gefährlichkeit der Krankheit und die Wahrscheinlichkeit ihres Auftretens sein. So wiegen bei einer Gripeschutzimpfung schwere Impfreaktionen naturgemäß schwerer, als mögliche Folgeschäden bei einer Poliomyelitisprophylaxe.

### III) Besonderheiten beim stillschweigenden konkludenten Aufklärungsverzicht

#### 1) Annahme nur in Ausnahmefällen

Klenewefers<sup>90)</sup> weist zu Recht darauf hin, daß der stillschweigende Aufklärungsverzicht äußerst selten sein wird und im Zweifel nie zu vermuten sein wird. Negativ läßt sich formulieren, daß die Annahme eines solchen Verzichtes immer dann ausgeschlossen ist, wenn bestimmte Fragen des Patienten vorliegen, denn das bedeutet in der Regel, daß sich der Patient ein eigenes Bild zu machen wünscht. Andererseits kann m.E. der Verzicht des Patienten Fragen an den Arzt zu stellen, sehr wohl einmal zu der Vermutung führen, er wolle sich kein eigenes Bild machen und alles dem Arzt überlassen, denn mit einer Frage an den Arzt wird kein Patient überfordert.

Hinsichtlich der Diagnose wird der Arzt von einem Verzicht ausgehen dürfen, wenn der Patient in eine vorgeschlagene Behandlung einwilligt, ohne eine Frage nach der Diagnose zu stellen. Handelt es sich dagegen um die Folgen einer ärztlichen Maßnahme, so kann nicht ohne weiteres ein Verzicht angenommen werden. Der Patient müßte demnach deutlich zum Ausdruck bringen, daß er über die notwendigen und möglichen Folgen einer Behandlung nicht aufgeklärt zu werden wünscht.<sup>91)</sup>

## 2) Schweigen des Patienten als stillschweigender Aufklärungsverzicht

Grundsätzlich wird ein Schweigen des Patienten allein wohl nicht die Annahme eines stillschweigenden Aufklärungsverzichts rechtfertigen; besteht doch die Schwierigkeit, daß der Patient nicht weiß, welche Konsequenz er durch fehlende Aufklärung in Kauf nimmt, besonders beim konkludenten Aufklärungsverzicht. Deshalb ist im Grundsatz davon auszugehen, daß bei der Risiko- und Prognoseaufklärung durch ein Schweigen des Patienten kein Aufklärungsverzicht angenommen werden kann.

## 3) Bedeutung eines besonders engen Vertrauensverhältnisses Arzt - Patient und Kenntnis des Arztes über die Lebenssituation des Patienten

Das Schweigen des Patienten dürfte aber anders zu bewerten sein, wenn ein besonders hohes, das übliche Maß übersteigendes Vertrauen zwischen Arzt und Patient vorliegt, und wenn der Arzt die persönlichen Verhältnisse, Lebensumstände, das soziale Umfeld und die Interessen des Patienten kennt. Hier ist der Arzt dazu in der Lage zu erkunden, was der Patient in Kauf nehmen würde; auf der anderen Seite wird der Patient eher bereit sein dem Arzt, den er kennt und zu dem er ein besonders hohes Vertrauen hat, alles zu überlassen, was mit seiner Krankheit zu tun hat; auch ist dem Patienten bei Vorliegen dieser überdurchschnittlichen Vertrauensbeziehung eine Frage an "seinen" Arzt eher zuzumuten, als bei einem ihm unbekannten Arzt. Deshalb ist in diesen eng umgrenzten Fällen ein stillschweigender Aufklärungsverzicht anzunehmen.<sup>92)</sup>

#### 4) Fragepflicht des Patienten?

Der stillschweigende Aufklärungsverzicht entfällt aber von dem Augenblick an, von dem der Patient Fragen stellt, oder Umstände und Interessen aus dem familiär-sozialen Umfeld des Patienten dem Arzt bekannt sind, die durch gewisse Risiken der Behandlung gefährdet werden könnten. Solche Umstände könnten sich aus der Kenntnis der persönlichen Verhältnisse des Patienten ergeben, sowie aus einem Gespräch mit dem Patienten oder seinen Angehörigen, das Schweigen allein kann den Arzt jedenfalls nicht exkulpieren. Die Garantenstellung, die er nach begonnener Behandlung gegenüber dem Patienten hat, verpflichtet ihn die Willens- und Interessenlage des Patienten genau zu beachten. Ergeben sich daraus keine Hindernisse für einen Aufklärungsverzicht, so bedeutet das aber nicht, daß der Arzt überhaupt keine Aufklärung zu leisten hat. Für den Fall des stillschweigenden Aufklärungsverzichts muß aus dem Grundsatz des bestehenden Vertrauensverhältnisses gefordert werden, dem "stillen" Patienten, die aus der ärztlichen Sorgfaltspflicht abgeleitete Aufklärung zu geben.<sup>93)</sup> D.h. je schwerer die Erkrankung und je unwahrscheinlicher der Heilerfolg, desto weniger wird aufgeklärt zu werden brauchen, und je leichter die Erkrankung und je wahrscheinlicher die Heilungschance, desto höhere Anforderungen sind an die aus ärztlicher Sorgfalt zu leistende Aufklärung zu richten.<sup>94)</sup> Der stillschweigende Aufklärungsverzicht entbindet den Arzt nur von dem Teil der Aufklärung, der nicht von der ärztlichen Sorgfalt seine Begründung nimmt. Ein weitergehender Verzicht läßt sich schwerlich rechtfertigen, da aus einem bloßen Schweigen im Rechtsverkehr keine solch einschneidenden Konsequenzen zu vertreten sind.

#### IV) Aufklärungsverzicht mangels Aufklärungsbedürfnis

Hierunter sind die Fälle zu verstehen, wo der Patient keinerlei Aufklärung wünscht, da er bereits hinlänglich unterrichtet ist. So kann auch die Tatsache, daß der Patient bereits informiert ist, nur als ein Fall des Aufklärungsverzichts gesehen werden, wenn man davon ausgeht, daß die Aufklärungspflicht sich nicht nur aus dem Verhältnis Arzt-Patient ergibt, sondern daneben unabhängig davon besteht und allgemeinen Charakter hat.

Wann kann demnach davon ausgegangen werden, daß ein Patient keine Aufklärung wünscht, da er bereits unterrichtet ist? Es ist hier zunächst an den Arzt als Patienten zu denken. Doch mit Schwalm<sup>95)</sup> ist mit Recht festzustellen, daß sich auch Ärzte über ihre Krankheit täuschen können und Symptome, die ihnen an sich vertraut sind, nicht mehr richtig einordnen können, wenn es sie selbst betrifft. Deshalb ist auch ein Arzt nicht von vornherein als unterrichtet zu betrachten, sodaß auch hier die Annahme eines stillschweigenden Aufklärungsverzichtes zunächst die Ausnahme bilden wird. Auch wird der "unterrichtete" Arztpatient oft nur über diejenigen Folgen und Risiken einer Behandlung unterrichtet sein, die ihm aus eigener Berufserfahrung bekannt sind.

Es stellt sich daher die Frage, ob ein behandelnder Arzt davon ausgehen kann, daß sich diese "unterrichteten" Patienten über das Risiko einer Behandlung im Klaren sind, sodaß eine Aufklärung nicht erforderlich ist. Nach einer Entscheidung des BGH<sup>96)</sup> vom November 1979 muß der Arzt den Patienten nicht in jedem Fall umfassend aufklären, wenn dieser einen gewissen Bildungsstand erreicht hat, um einzusehen, daß z.B. jede Operation im Abdominalbereich nicht völlig harmlos ist. Wenn schon dem Laien mit "gewissem Bildungsstand" zugemutet wird, daß er nicht über

alles umfassend aufgeklärt wird, so scheint es erst recht vertretbar, daß in diesen Fragen unterrichtete Patienten nicht aufgeklärt zu werden brauchen, da ihr Verhalten keinerlei spezifische Fragen zu stellen, als konkludenter Aufklärungsverzicht zu bewerten ist. Die Möglichkeit Fragen zu stellen, wird um so unwahrscheinlicher, je weniger der Patient bezüglich dieser Probleme vorgebildet ist, denn man kann nur Fragen stellen, wenn man ein Problem wenigstens in gewissen Grundzügen erkennt. Um so mehr ist dem Arzt als Patienten zuzumuten entsprechende Fragen an den behandelnden Arzt zu richten. Etwas anders stellt sich die Frage bei Personen, deren Ausbildungsstand noch unvollkommen ist (Medizinstudent, Krankenschwester). Der behandelnde Arzt wird aber meist in der Lage sein, sich während des anamnestischen Gesprächs ein Bild über den Ausbildungsstand und die Kenntnisse des Patienten zu machen. Ergeben sich für den Arzt hierbei Bedenken, so wird er eventuell mit einigen Fragen zu prüfen haben, wieweit der Patient unterrichtet ist. Je weniger sich nun der Patient als unterrichtet erweist, desto unwahrscheinlicher wird ein genereller stillschweigender Aufklärungsverzicht anzunehmen sein. Je unterrichteter der Patient ist, desto mehr wird man ihm entsprechende Fragen zumuten müssen, da nach der Verkehrsauffassung ein Arzt als Patient der keinerlei Fragen stellt, als jemand erscheint, der nicht mehr wissen will, als er selbst bereits weiß. Geht doch auch der BGH<sup>97)</sup> schon längst davon aus, daß sogar der gewöhnliche Patient unter Umständen "durch Fragen selbst auf eine vervollständigung der Belehrung hinzuwirken hat, falls sie ihm zu knapp und unvollständig erscheint." Für einen solchen Verzicht bleibt es letztlich gleichgültig, ob das Motiv hierfür im mangelnden eigenen Interesse

an Aufklärung zu sehen ist, oder in der eigenen Sachkenntnis der Grund zu sehen ist. (Aufklärungsverzicht mangels Aufklarungsbedürfnis).<sup>98)</sup>

Sagt der Patient ausdrücklich er wisse über alles Bescheid, so ist von einem ausdrücklichen Aufklärungsverzicht auszugehen; der Arzt wird hier nicht die Pflicht haben, zu prüfen, ob der Patient wirklich unterrichtet ist. Fraglich sind aber Fälle, wo der gewöhnliche Patient äußert, er sei bereits unterrichtet, da er bereits von seinem Hausarzt aufgeklärt wurde. In der Regel wird hier nur eine allgemeine Unterrichtung über die geplante Behandlung erfolgt sein, die nicht die Einwilligung in einen speciellen, in allen Einzelheiten noch nicht festgelegten, ärztlichen Heileingriff zu tragen in der Lage sein wird.

Das gleiche ist anzunehmen, wenn der Hausarzt dem behandelnden Krankenhausarzt mitteilt, er habe dem Patienten bereits das Notwendige gesagt. Auch hier wird man keinen Aufklärungsverzicht (mangels Aufklärungsbedürftigkeit) anzunehmen haben.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, daß beim unterrichteten Patienten (Arzt etc.), der ohne eine Frage zu stellen, in jegliche Behandlung vertrauensvoll einwilligt, nach der allgemeinen Verkehrsauffassung ein Aufklärungsverzicht anzunehmen ist, da objektiv kein Aufklärungsbedürfnis vorliegt.

Eine Durchbrechung dieses Aufklärungsverzichtes ist aber möglich - siehe unten - wenn etwa besonders hohe Interessen und Rechtsgüter (Leben, Erhalt eines wichtigen Körpergliedes etc.) gefährdet werden könnten.

## V) Infragestellung eines Aufklärungsverzichtes

### 1) Dogmatische Bedenken

Bisher ist immer davon ausgegangen worden, daß auf Aufklärung verzichtet werden kann, jedoch nie auf die Einwilligung des Patienten, soll der Eingriff nicht rechtswidrig sein.

Es könnten aber Zweifel bestehen, inwieweit bei einem solchen Verzicht auf Aufklärung, die Einwilligung noch wirksam ist. Läßt sich also ein Aufklärungsverzicht mit dem unverzichtbaren Erfordernis der Einwilligung vereinbaren?

#### a) Fall der unzulässigen gewillkürten Einwilligungsvertretung?

Als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung gilt u.a., daß eine Vertretung bei der Einwilligung nur insoweit möglich ist, als sich die Vertretung auf die Erklärung<sup>99)</sup> der Einwilligung bezieht. Eine gewillkürte Einwilligungsvertretung, eine Stellvertretung in der Willensbildung der Einwilligung ist grundsätzlich nicht möglich. Gemäß Baumann<sup>100)</sup> ist eine Stellvertretung in der Willensbildung nicht zulässig, "denn es gehe allein um den Betroffenen, nur dieser ist grundsätzlich zum Verzicht auf Rechtsschutz in der Lage." Ist also die Überantwortung jeglicher Entscheidung an den Arzt, wie es beim Aufklärungsverzicht tatsächlich der Fall ist, nicht eine gewillkürte Stellvertretung in der Einwilligung, wie sie an sich bei Körperverletzung nicht zulässig ist. Stellvertretung im Willen sei nur im Rahmen der damit verbundenen Dispositionsbefugnis bei der gesetzlichen Vertretung anzuer-

kennen.<sup>101)</sup> Man wird aber die Einwilligung des Stellvertreters, da sie nur ergänzungsweise eingreift - so bei Minderjährigen -, dann nicht mehr für hinreichend erachten können die Rechtswidrigkeit des Eingriffs auszuschließen, wenn etwa ein Minderjähriger selbst die Einsicht für die Tragweite des Eingriffs besitzt, wie umgekehrt auch die Berechtigung des Arztes nach erteilter Einwilligung nicht mehr vom gesetzlichen Vertreter abhängt.<sup>102)</sup> Was hier am Beispiel eines Minderjährigen illustriert wurde, gilt um so mehr für Erwachsene, wo sich das Problem der gesetzlichen Stellvertretung normalerweise nicht stellt.

Besonders stark wurden die Zweifel, soweit der Aufklärungsverzicht die beabsichtigte Behandlung und deren typische Folgen betrifft. Liegt hier denn noch eine Einwilligung vor, oder handelt es sich hier nicht um blindes Vertrauen, das sich bestenfalls als pauschalisierte Einwilligungserklärung deuten läßt? So z.B. bei einem Patienten, der sich mit allen ärztlichen Maßnahmen im voraus einverstanden erklärt hat und alles schicksalsergeben über sich ergehen läßt.

b) Inwieweit kann verzichtete Aufklärung die unverzichtbare Einwilligung noch tragen?

Kann aber eine so grob pauschalisierte Erklärung noch die Rechtfertigung tragen? Hat die Erklärung noch einen rechtlich relevanten Inhalt, daß sie bewußtes und freiwilliges Gestatten der Verletzung eines Rechtsgutes bedeutet, oder liegt hier nur noch bloßes Dulden und Geschehenlassen vor?<sup>103)</sup> Besonders bedenklich erscheint die Konstruktion einer auf Grund des Aufklärungsverzichtes unterbliebenen Risikoaufklärung. Wenn der Patient, der rechtswirksam

einwilligen soll, eine gewisse Kenntnis des Risikos des Eingriffs haben soll - so herrschende Lehre<sup>104)</sup> und Rechtssprechung - dann kann sich der Patient diesen Prozeß der Willensbildung nicht vom Arzt abnehmen lassen bzw. bei der Entschlußfassung nicht vertreten lassen.<sup>105)</sup> Die Höchstpersönlichkeit der Einwilligung wirkt dann notwendig auf die Wirksamkeitsvoraussetzung der Aufklärung zurück.

Das Ergebnis, daß ein Aufklärungsverzicht möglich sein kann, soll - um Mißverständnissen vorzubeugen - nicht bestritten werden; BGH und Lehre gehen zu Recht von seiner Existenz aus, u.a. deshalb weil die tägliche Praxis zwischen Arzt und Patient eine solche Konstruktion erfordert.

c) Einwilligung nicht als bloßes Dulden; - Geilens  
Heilzweck-Heilmittel-Relation

Es sollte hier aber deutlich gemacht werden - und dabei von der gedanklichen Basis Geilens<sup>106)</sup> zu argumentieren -, daß das Problem der Aufklärungspflicht, exemplifiziert und sichtbar gemacht beim Verzicht auf Aufklärung, "die entscheidenden Gesichtspunkte auf einem rein psychologisierenden Nenner, wie dem der Einwilligung, nicht mehr zu fassen und zu differenzieren in der Lage ist." Um diesen dogmatischen Schwierigkeiten gerecht zu werden, geht Geilen<sup>107)</sup> davon aus, daß die Einwilligung keine starr fixierte Größe, sondern eine Funktion der zugrundeliegenden Zweck-Mittel-Relation sei. Er geht dabei vom Begriff der Einwilligungsintensität aus. Demnach muß man bei der Einwilligung verschiedene Fallgruppen unterscheiden. Z.B. müsse bei lebenserhaltenden Operationen die Selbstbestimmung und somit die Einwilligungsintensität

geringer bewertet werden, als bei einem kosmetischen Eingriff.<sup>108)</sup> Folglich muß für den Aufklärungsverzicht gefordert werden, daß dieser nur vorliegen könne, wenn eine entsprechend geringe Einwilligungsintensität verlangt wird. Dies bedeutet, daß für die Rechtmäßigkeit der Heilbehandlung nicht so sehr das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, sondern der Heilzweck d.h. die medizinische Indikation maßgebend ist. Einwilligung sei nicht Rechtmäßigkeitsfundament sondern Rechtmäßigkeitsschranke.<sup>109)</sup> Geilen hält demnach die ärztliche Heilbehandlung immer für rechtmäßig, wenn sie als Mittel zum Heilzweck anzusehen ist. Der Wille des Patienten ist lediglich Negativvoraussetzung der Rechtmäßigkeit, d.h. er darf der Behandlung nicht entgegenstehen. Abgesehen davon, daß auch Geilen nicht in der Lage war die Begriffe Einwilligungsintensität und Heilzweck-Heilmittel-Relation so zu definieren, daß sie auch konkret in der Praxis Verwendung finden könnten und nicht in einer Aura des Verschwommenen verharren, so hätte sein gedanklicher Ansatz u.U. zur Folge, daß ein klar geäußelter Wille des Patienten nicht aufgeklärt zu werden, evtl. unbeachtlich bliebe, da die Rechtmäßigkeit des Eingriffs sich nahezu allein nach dem Heilzweck, sprich nach der ärztlichen Diagnose, zu richten hat. Im übrigen erscheint es mir äußerst gewagt, das Selbstbestimmungsrecht und seine Voraussetzungen gleichsam aus dem Zentrum der Konstruktion an die Peripherie zu postieren, indem Geilen es nur als Negativvoraussetzung betrachtet, und dafür das Maß der Aufklärung im wesentlichen nach dem Heilzweck zu bestimmen. Es ist davon auszugehen, daß grundsätzlich ein Aufklärungsverzicht - nach obiger Definition - als Recht des Patienten gegenüber dem Arzt beizubehalten ist, und der Patient die Initiative für den Verzicht bzw. das Maß der Aufklärung selbst ergreifen kann, und nicht vom Vorliegen

einer bestimmten Heilzweck-Heilmittel-Relation abhängig gemacht werden darf.

Vollends bedenklich wird die Auffassung Geilens, wenn er in diesem Zusammenhang behauptet, der Arzt solle in der Frage der Aufklärungspflicht weitgehend nach den hergebrachten Standesgrundsätzen<sup>110)</sup> entscheiden dürfen. Die Lösung von Geilen ist also - trotz aller grundsätzlich zunächst als einleuchtend erscheinenden, eingangs aufgeführten, dogmatischen Bedenken - im Ergebnis abzulehnen, da sein Lösungsweg das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als nur beiläufig erscheinen läßt.

## 2) Aufklärungsverzicht, wenn eigene Rechte tangiert werden

Weitaus gravierender als die Einwände sind Bedenken einzustufen, die angebracht sind, wenn u.U. eigene unveräußerbare Rechte durch einen Aufklärungsverzicht tangiert werden.

Zunächst ist zu prüfen, ob der Aufklärungsverzicht noch mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vereinbar ist. Es ist davon auszugehen, daß das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ein Recht<sup>111)</sup> und nicht eine Pflicht darstellt. Der Patient muß also nicht immer und in jedem Fall von seinem Recht Gebrauch machen. Inhalt dieses Rechtes kann es somit nur sein, die Selbstbestimmung des Patienten zu ermöglichen, nicht aber sie immer und überall zur Anwendung zu bringen. Ob sie der Patient im Einzelfall ausübt muß unwesentlich erscheinen. Dem Selbstbestimmungsrecht ist daher Genüge getan, wenn dem Patient die Möglichkeit<sup>112)</sup> zu einer eigenen Entscheidung vorbehalten bleibt. Diese Voraussetzungen sind u.a. beim ausdrücklichen Verzicht gewahrt, aber auch beim still-

schweigenden Verzicht bleibt dem Patienten die Möglichkeit der Selbstbestimmung erhalten; denn der Patient kann zu jeder Zeit durch Fragen eine umfassende Aufklärung in jeder Abstufung vom Arzt verlangen. Die Entscheidungsmöglichkeit des Patienten bleibt auch dadurch gewahrt, daß ein stillschweigender Aufklärungsverzicht vom Arzt nicht angenommen werden kann, wenn durch die Behandlung der Patient, oder durch die Folgen der Behandlung der persönlichen Lebensinteressen in besonders nachhaltiger Weise beeinträchtigt würden. (siehe oben).

#### a) Totaler Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht

Kurz erörterungsbedürftig erscheint mir noch die Frage, ob in einem generellen Aufklärungsverzicht nicht ein absoluter Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht zu erblicken ist. Ein Verzicht ist ein Specialfall der Ausübung eines Rechtes, diese Ausübung muß aber auch bei einem Persönlichkeitsrecht, dem Selbstbestimmungsrecht möglich sein. Ein Verzicht bestünde nach Bucher<sup>113)</sup> darin, "daß die Willensmacht einmalig und endgültig, bindend und unwiderruflich ausgeübt wird." Ein völliger Verzicht ist beim Selbstbestimmungsrecht daher kaum möglich; dies könnte, da es sich - siehe oben - um ein absolutes subjektives Recht handelt, nur durch eine Willenserklärung an alle Normadressaten geschehen. Eine solche wäre aber ausgeschlossen, da das Selbstbestimmungsrecht als subjektives absolutes Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen von der Natur zugeordnete Güter schützt,<sup>114)</sup> über die der Einzelne nicht in dem Sinne verfügen kann, daß das Rechtsgut absolut vernichtet würde. Eine Dereliktion wäre eine faktische Vernichtung des Rechts, sodaß diese ausgeschlossen sein muß. Ein praktischer Fall wäre denkbar, wenn der Pa-

tient im voraus eine materielle Verletzung seiner Persönlichkeit in Kauf nehmen würde, etwa durch eine Zurverfügungstellung zu einem gefährlichen medizinischen Experiment in suicidalen Absicht.

Ein einseitiges Nichtgeltendmachen eines Persönlichkeitsrechtes stellt - wie oben dargelegt - natürlich keine materielle Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes dar, sondern ist als Ausfluß des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten gerade eine Form der Ausübung dieser Rechte.

- b) Kann Arzt die "Seelenruhe" des Patienten respektieren, wenn besonders hohe und wichtige Interessen des Patienten berührt sind?

Zur Illustration sei folgender Fall erwähnt: Ein Patient erklärt dem Arzt vor der Operation: Herr Dr. ich vertraue Ihnen und überlasse es Ihrem ärztlichen Wissen und Erfahrung, die notwendige Behandlung durchzuführen. Hier ist nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und der Verkehrssitte diese Erklärung dahingehend zu interpretieren, daß der Patient alles was mit der Krankheit und deren Behandlung zu tun hat, dem Arzt überläßt. Er braucht deshalb auf unerwünschte mögliche Nebenfolgen oder Risiken der Behandlung nicht hingewiesen zu werden, weil diesbezüglich ein Aufklärungsverzicht des Patienten vorliegt. Kann aber die Behandlung äußerst einschneidende Folgen oder Risiken in sich bergen, die dem Interesse des Patienten in

höchstem Maße zuwider laufen, und die ersichtlich außerhalb jeglicher Vorstellung des Patienten lagen, dann wird die Erklärung des Patienten keinen Verzicht auf Aufklärung gerade gegenüber diesen Folgen und Risiken beinhalten. Z.B. ist hier an eine lebensbedrohende Operation, an die Gebärfähigkeit einer jungen Frau oder die Zeugungsfähigkeit eines Mannes etc. zu denken. Im Ergebnis herrscht in der Literatur<sup>115)</sup> zu Recht ziemlich Einmütigkeit, daß in diesen Fällen der Arzt den Patienten bezüglich dieser Folgen und Risiken trotzdem aufzuklären hat.

Die rechtliche Begründung ist allerdings dafür ziemlich unterschiedlich; teilweise wird von entgegenstehenden höherwertigen Rechten des Patienten<sup>116)</sup> gesprochen, teilweise wird behauptet, ein Aufklärungsverzicht würde in diesen Fällen die Menschenwürde<sup>117)</sup> verletzen, die unverzichtbar sei. M.E. ist ein so "großkalibriges Geschütz" wie es die Menschenwürde darstellt, - ob man sich nun direkt oder analog auf Art. 1 GG beruft sei dahingestellt -, nicht notwendig, um in diesen Fällen an einer Durchbrechung des Aufklärungsverzichtes zu gelangen.

Wie oben dargelegt, ist die Pflicht zur Aufklärung innerhalb des Arztvertrages, als eigenständige Nebenleistungspflicht definiert worden, während sich der Aufklärungsverzicht nicht als (Erlaß) Vertragspflicht darstellt; trotzdem muß in Erwägung gezogen werden, ob nicht eine Aufklärung, bei der es um die elementarsten Rechte und Interessen des Patienten geht, unabhängig von einem eventuell vorliegenden Aufklärungsverzicht, zunächst aus dem Gedanken einer Schutz- und Sorgfaltspflicht des Arztes, aus dem zugrundeliegenden Arzt-Patienten-Vertrag nach §§ 328 BGB/ 611 BGB abzuleiten ist. Dieser Gedanke ist aber nicht konkret Inhalt des Vertrages; d.h. aber nicht, daß diese Form der Aufklärungspflicht in den oben skizzierten Fällen

nicht eventuell doch aus dem Vertrag ableitbar wäre. Das Problem könnte im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu lösen sein. Bei der ergänzenden Vertragsauslegung ist anhand des Vertragszweckes, der Interessenlage und des Gedankens von Treu und Glauben zu ermitteln, welche Regelung sich für den offen gebliebenen Teil des Vertrages<sup>118)</sup> ergibt. Mit der h.M. ist zu verlangen, daß Sinn und Zweck des Arztvertrages nicht allein die Heilung, sondern auch eine gewisse Unterrichtung und Aufklärung darstellt. Dieses Interesse des Patienten dürfte um so größer sein, je fundamentalere und höherliegende Güter des Patienten durch den Eingriff tangiert werden. Geht man davon aus, daß die Entscheidung des Patienten nicht nur von medizinischen Gesichtspunkten bestimmt werden kann, so muß man das grundsätzliche Interesse des Patienten bejahen, mit zu entscheiden und aufgeklärt zu werden. Ansonsten würde der Arzt zum Vormund des Kranken und zum Interessenwahrer<sup>119)</sup> im persönlichen Bereich. Neben Vertragszweck sowie der Interessenlage ist bei der ergänzenden Vertragsauslegung auch der Gedanke von Treu und Glauben zu berücksichtigen. Es ist nicht selbstverständlich, daß im Rahmen eines gegenseitigen Austauschvertrages dem einen Vertragsteil die Verpflichtung auferlegt wird, dafür zu sorgen, daß der andere eine sachgemäße Entscheidung trifft. Vielmehr muß sich grundsätzlich jeder Vertragsteil für die seiner Entscheidung maßgeblichen Umstände informieren;<sup>120)</sup> um so mehr an sich, als der Patient alles vertrauensvoll in seine Hände gelegt hat. Aber in Ausnahmefällen kann es gerechtfertigt sein, dem einen Vertragsteil trotzdem eine Fürsorge für die Entscheidung seines Vertragspartners aufzuerlegen. Das muß vor allem dort zum Grundsatz werden, wo die elementaren Interessen und höchstpersönliche körperliche Fähigkeiten auf dem Spiele stehen. Rechtsprechung und Lehre

haben auf der Grundlage des § 242 BGB unter zwei Gesichtspunkten eine solche Fürsorgepflicht bejaht. Zum einen kommt es darauf an, daß zwischen dem Patienten ein Vertrauensverhältnis<sup>121)</sup> besteht, was bei jeder Arzt-Patientenbeziehung in der Regel vorhanden ist, da sonst eine Beziehung Arzt-Patient gar nicht zustande käme. Zum anderen ist entscheidend, ob ein Vertragspartner dem anderen durch besondere Sachkenntnis überlegen<sup>122)</sup> ist. Gerade dadurch zeichnet sich das Arzt-Patienten-Verhältnis aus; der Patient muß sich auf das Urteil des Arztes verlassen, da er den Sinn der ärztlichen Maßnahmen nicht wirklich beurteilen<sup>123)</sup> kann. Diese Möglichkeit hat er erst, wenn der Arzt ihm Begriffe und Zusammenhänge erläutert.

Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung kommt man also zu dem Ergebnis, daß der Arzt, unabhängig von einem Aufklärungsverzicht des Patienten, verpflichtet ist, über solche Risiken und Folgen des geplanten Eingriffs aufzuklären, die die elementarsten Interessen und die Lebenslage des Patienten derart tangieren, daß von einem ganz entscheidenden Verlust an Lebensqualität gesprochen werden kann. Als Beispiel sei hier nur genannt: Lebensverlust, Verlust eines wichtigen Körperteils (je nach sozialer Stellung zu beurteilen :Opernsänger wird Verlust der Stimme schmerzlicher empfinden als Operndirigent), generell Verlust der Seh- oder Hörfähigkeit etc. Die Liste kann sicherlich nicht vollständig sein.

#### c) Fragen der pauschalen Einwilligungserklärung

Von besonderem Interesse sind ferner Fragen der "pauschalen Einwilligungserklärung" und ob diese u.U. als Verzicht auf (weitere) Aufklärung zu verstehen ist.

Zur Verdeutlichung des Problems soll ein Fall vorgestellt werden, der dem OLG Hamm<sup>124)</sup> vorgelegt wurde:

Ein Frauenarzt operierte eine 25jährige Ehefrau wegen des später bestätigten Verdachts einer abgestorbenen Bauchhöhlenschwangerschaft. Er hatte die Patientin am Tag vor der Operation unterrichtet, er müsse eine Geschwulst entfernen, werde aber "nur das, was krank sei, wegschneiden und das Gesunde erhalten." Die Patientin unterschrieb am selben Tag einen Vordruck mit folgendem Wortlaut: "Ermächtigung: Hiermit ermächtige ich das Krankenhaus und den mich operierenden Arzt, die mir vorgeschlagene Operation bei mir vorzunehmen, sowie etwaige weitere Eingriffe, die sich bei der Operation als notwendig erweisen sollten." Bei der Operation stellte der Arzt fest, daß beide Eileitern verschlossen waren und er entfernte diese Organe. Die Patientin war vorher schon steril gewesen. Der Arzt unterrichtete die Patientin erst einige Tage vor der Entlassung über den Umfang der Operation und über die Sterilität. Der Ehemann lehnte die weitere Lebensgemeinschaft mit ihr ab und zeigte den Arzt wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 223a STGB) ohne Einwilligung an. Die Anzeige führte seinerseits zu einem Verfahren gegen den Ehemann wegen leichtfertiger falscher Anschuldigung (§ 164 STGB). Er wurde davon nach Revision vor dem OLG Hamm rechtskräftig freigesprochen.

Das Urteil fand in der Literatur zu Recht einhellige Ablehnung; interessant in diesem Zusammenhang ist aber, daß das Gericht die schriftliche Einwilligungserklärung der Patientin nicht als ausreichend ansah, obwohl sie zum Ausdruck brachte, "auf etwaige weitere Eingriffe, die sich während der Operation als notwendig erweisen sollten," nicht verzichten zu wollen.

Vom Standpunkt der Rechtsprechung liegt die Konsequenz nahe: Wenn der Patient über Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs orientiert sein muß, um wirksam einwilligen zu können, ist es richtig auch der pauschalen Einwilligungserklärung keine große Bedeutung beizumessen, wenn sie eben diesen Erfordernissen nicht entspricht; andernfalls könnten diese Grundsätze mit solch pauschalen Erklärungen überspielt werden. So hat schon das OLG Bamberg<sup>125)</sup> 1955 erklärt, eine schriftliche Einwilligungserklärung, "daß alle vom Direktor der Univeristäts-Klinik oder seinem bestellten Vertreter an meinen Kindern für notwendig erachtete Eingriffe vorgenommen werden", könne ärztliche Maßnahmen nur insoweit decken, als ein Aufklärungsverzicht nicht bestehe.

Die Hoffnung allerdings, daß die Rechtsprechung diese pauschalen Einwilligungserklärungen als Aufklärungsverzicht interpretiert, dürfte gering zu veranschlagen sein. Trotzdem bleibt im Rahmen dieser Arbeit zu erörtern, ob hier, wenn man von der grundsätzlichen Möglichkeit eines Aufklärungsverzichtes ausgeht, nicht doch Fälle denkbar sind, die man als einen Aufklärungsverzicht bezeichnen könnte. Andererseits wird man nicht soweit gehen können zu postulieren, die Freiheit des Patienten beschränke sich darauf den Arzt frei zu wählen und gegebenenfalls wieder fortschicken zu können, im übrigen verzichte der Patient auf jegliche Aufklärung, falls er sich der Behandlung durch den Arzt unterzieht, wie in Frankreich<sup>126)</sup> zum Teil argumentiert wurde. Zu Recht wurde diese Auffassung auch von den Gerichten zurückgewiesen, denn der Patient würde dadurch zu einem bloßen Objekt medizinischer Fürsorge und das Selbstbestimmungsrecht zu einer Farce.

Eine allgemeine Ermächtigung wird die Legitimation für solche Eingriffe geben, mit denen auch der Patient zu

rechnen pflegt. Nach einer Entscheidung des BGH<sup>127)</sup> erklärt der Patient, der ärztliche Hilfe in Anspruch nimmt, damit sein Einverständnis mit einer zur Behebung oder Milderung des Leidens geeigneten Behandlung. Gedeckt seien dadurch aber nicht Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit.

Um eine pauschalisierte Einwilligungserklärung als Verzicht auf Aufklärung zu interpretieren, müßte sie jedenfalls so gefaßt sein, daß der Patient weiß, daß er grundsätzlich ein Recht auf Aufklärung hat, und daß er es in diesem Fall nicht ausüben möchte. Dies liefe sonst auf eine Ignorierung des Selbstbestimmungsrechtes hinaus. Damit auch in dieser Form eine wirksame Einwilligung abgegeben werden kann, muß das Selbstbestimmungsrecht erst einmal grundsätzlich ausgeübt werden können. Auf die Aufklärung zu verzichten, ist nur sinnvoll, wenn man sich in groben Zügen darüber klar ist, was man nicht wissen möchte.<sup>128)</sup>

Im übrigen muß der Patient jederzeit in der Lage sein, diesen Verzicht zu widerrufen und volle Aufklärung zu verlangen. Wenn aber die Einwilligungserklärung so pauschal und generell gefaßt ist, daß der Patient gar nicht mehr merkt, hier auf etwas zu verzichten, ist kein Aufklärungsverzicht anzunehmen.

Wenn der Patient eine gewisse Kenntnis hat, was auf ihn zukommen wird und wie es in groben Zügen um ihn bestellt ist, so könne aus dem generellen Bewußtsein hinsichtlich der Aufklärung Rechte zu besitzen, eine pauschalisierte Einwilligungserklärung als Aufklärungsverzicht zu deuten sein. Dies wird in der Regel der Fall sein können, wenn der Patient vor der Krankenhausaufnahme einen Hausarzt konsultiert hat, und somit der Kranke annähernde Vorstellungen über seinen Zustand und die Einweisung in ein Krankenhaus hat. In einem solchen Fall steht der Annahme einer pauschalisierten Einwilligungserklärung als Aufklärungsverzicht des Patienten nichts im Wege.

### 3) Kollision mit der Fürsorgepflicht des Arztes

Neben der Nichtbeachtung eines an sich wirksamen Aufklärungsverzichtes, wegen Verletzung anderweitiger Rechte des Patienten, ist auch eine Kollision des Aufklärungsverzichtes mit der Fürsorgepflicht des Arztes (*salus aegroti suprema lex*) denkbar, sobald der Arzt einmal mit der Behandlung des Patienten begonnen hat.

Zur Verdeutlichung sei folgender Fall erwähnt: Ein Kranker hatte sich nicht geschont und daher eine offene TBC bekommen, weil ihm der Arzt nicht gesagt hatte, daß die überstandene Pleuritis tuberculöser Natur gewesen war.<sup>129)</sup> Zwar lag in diesem Fall kein Aufklärungsverzicht zugrunde, aber auch wenn der Patient diesen vorher erklärt hätte, so würde das Urteil nicht anders gelautet haben, als Verurteilung des Arztes, der in schwerwiegender Weise gegen die therapeutische Sicherungsaufklärung verstoßen hatte. Der Aufklärungsverzicht würde zu Recht hier keine Anwendung finden, da sich dieser nur darauf bezieht, daß der Patient im Vertrauen auf die richtige Diagnose und Therapie, seine psychische Stabilität erhalten will, indem er in einem bestimmten Fall sein Selbstbestimmungsrecht nicht ausübt. Keinesfalls stellt sich die Alternative: einerseits psychische Stabilität (Seelenruhe) und vertrauensvolles Hoffen, andererseits Gefahr der Falschbehandlung. Die Sicherungsaufklärung ist demnach immer unverzichtbar, wenn die ärztliche Fürsorge tangiert wäre, bzw. die *lege artis* Behandlung darunter zu leiden hätte. Im Konfliktfall ist das gesundheitliche Wohl des Patienten in diesen Fällen das höhere Gut gegenüber dem Patientenwillen, da im Zweifel der erklärte Aufklärungsverzicht nicht die Konsequenz haben kann, daß die Linderung und Heilung von der Krankheit, weswegen der Patient zum Arzt kommt, dadurch in Frage gestellt würde.

Hier kommt es u.U. auch zu einer unterschiedlichen Beurteilung des Begriffs Diagnoseaufklärung. Einerseits wird von einer Aufklärung über die Diagnose (Selbstbestimmungsaufklärung) wohl am ehesten abzusehen sein, um so mehr bei erklärtem Aufklärungsverzicht; ist aber die Diagnoseaufklärung im Sinne der therapeutischen Sicherungsaufklärung die einzige Möglichkeit, auch nach eindeutig erklärtem Aufklärungsverzicht, eine reelle Chance der Heilung wahrzunehmen, so muß in diesen Fällen der Aufklärungsverzicht unwirksam bleiben und hinter der Heilungsabsicht zurückstehen. Das hat folgende Konsequenz: Auch bei ausdrücklichem Aufklärungsverzicht müßte dem Patienten z.B. die Diagnose "maligne Entartung" mitgeteilt werden, wenn andererseits der Patient mit der irrigen Vorstellung "benigne" nicht anders zu der vielleicht einzig erfolgversprechenden Therapie motiviert werden kann.

Nebenbei sei noch bemerkt, daß die Fürsorgepflicht auch gegenüber Dritten wirksam werden kann und eventuell dabei auch die ärztliche Schweigepflicht zurücktreten muß. So z.B. in einer BGH-Entscheidung,<sup>130)</sup> worin judiziert wird, daß ein Amtsarzt die Ehefrau eines geschlechtskranken Mannes über die Krankheit aufklären muß.

Schließlich bleibt festzustellen, daß ein Arzt gegen den erklärten Willen des Patienten zu Eingriffen in dessen körperliche Integrität nicht berechtigt ist. Es gehört zu den besonders bedeutungsvollen Berufspflichten, wenn der Arzt erkennt, daß bestimmte Maßnahmen erforderlich sind, um drohende Gesundheitsschäden abzuwenden, den Patienten mit aller Eindringlichkeit auf die Notwendigkeit der Behandlung hinzuweisen und alles nach der Sachlage Gebotene zu unternehmen, damit der Patient seine Weigerung aufgibt, und seine Einwilligung zu dem notwendigen Eingriff erteilt.<sup>131</sup>

4) Rechte Dritter, die einem Verzicht entgegenstehen könnten:

Durch einen Aufklärungsverzicht könnten aber auch Rechte Dritter beeinträchtigt werden, sodaß das Recht eines Dritten für den Arzt als Schranke eines Verzichtes aufzufassen wäre. In Frage kommen Personen, die mit dem Patienten in einem engeren persönlicheren Verhältnis, in einer familienrechtlichen Beziehung stehen, wie Eltern zu ihren Kindern und die Ehegatten zueinander. Als "Dritter" außerhalb einer familienrechtlichen Beziehung ist die RVO-Krankenkasse anzusehen; hier soll untersucht werden, inwieweit der Verzicht ein höheres Recht der Krankenkasse tangieren könnte.

Zunächst ist der Fall zu untersuchen, daß z. B. ein Ehemann bei dem eine Wirbelsäulenverletzung vorliegt, vor der notwendigen Operation auf jegliche Aufklärung verzichtet, und damit als Operationsrisiko eine Lähmung beider unterer Extremitäten in Kauf nimmt; angenommen der Ehemann sei Postbote und kann bei Eintritt der Risikofolge, auf deren Aufklärung verzichtet wurde, seinen Beruf nicht mehr ausüben, eine Umschulung sei ausgeschlossen, da der Mann schon zu alt dazu ist.

- a) Ehepartner: Pflicht zum gegenseitigen Unterhalt § 1360 BGB. Pflicht zu gegenseitiger ehelicher Lebensgemeinschaft § 1353 I BGB

Könnte dadurch, daß der Ehemann auf jegliche Aufklärung verzichtet, und die nicht aufgeklärte Operationsfolge eintritt, nicht das Recht der Ehefrau auf Unterhaltungspflicht durch den Ehemann gemäß § 1360 S. 1 BGB verletzt sein,

wenn der kranke Ehemann dadurch nicht mehr in der Lage ist, für den Unterhalt der Ehefrau etwas beizutragen. M.E. kann aus § 1360 S. 1 BGB ein Aufklärungsverzicht des Ehepartners nicht in Frage gestellt werden, und zwar aus folgenden Gründen: Wenn man davon ausgeht, daß hier eine Operation an der Wirbelsäule das einzige Mittel darstellt um die Erkrankung zu heilen, - falls es einen weniger gravierenden Eingriff ohne diese unerwünschte mögliche Folge gäbe, wäre dieser schon vorher indiciert -, so ist zu bedenken, daß die Operationsfolge Lähmung nicht eine Folge der nichtvorgenommenen Aufklärung darstellt, sondern eine Folge der ärztlich indicierten Heilmaßnahme ist.

Welche Möglichkeit hätte bei erfolgter Aufklärung ex ante der Ehegatte gehabt? Er weiß, daß die beabsichtigte Operation die einzige indizierte Maßnahme ist, die ihm eine Heilungschance gibt, andererseits besteht ein Lähmungsrisiko von vielleicht 10%. Es ist wohl beim besten Willen nicht aus § 1360 S. 1 BGB abzuleiten, daß der Ehepartner solch einen Heileingriff ablehnen muß, weil 10% Risiko dabei sind, die seine Arbeitskraft zerstören könnten, falls diese vorher überhaupt noch gegeben war.

Im übrigen sagt § 1360 S. 1 BGB nicht, in welchem Umfang der Unterhalt zu leisten ist, oder daß der Umfang der gegenseitigen Unterhaltsleistung immer gleich hoch zu sein hat, den die Ehepartner zum gemeinsamen Familienauskommen beizutragen haben. Vielmehr ist daraus nur zu entnehmen, daß jeder Ehepartner im Rahmen seiner subjektiven Möglichkeiten dazu beizutragen hat und sich seiner Verpflichtung nicht entziehen darf. "Wer nicht (mehr) leisten kann, schuldet nichts."<sup>132)</sup> Sinn und Normzweck dieser Vorschrift ist gerade so auszulegen, daß bei einer Invalidität des einen Ehepartners, der andere verpflichtet ist für den Unterhalt der Familie zu sorgen.

Bei dieser Gelegenheit muß wohl erörtert werden, inwieweit überhaupt bei Ehepartnern ein Recht des einen zugleich ein Recht des anderen Ehegatten sein kann, was den Aufklärungsverzicht im Rahmen familienrechtlicher Beziehungen unter einen besonderen Aspekt stellen würde.

Durch die Ehe werden zwei Menschen so miteinander verbunden, daß sie ein eminentes Interesse am Wohlergehen des anderen Ehepartners haben. Und doch kann von vornherein nicht der Schluß gezogen werden, daß die Persönlichkeitsrechte zu einem einzigen Komplex verschmolzen und gemeinsam ausgeübt würden.

Grundsätzlich muß jedem Teil die Handlungsfreiheit gewahrt bleiben auch in Bezug auf die Gestaltung der Persönlichkeitsrechte. Doch gibt es in der Ehe gewisse Güter, die zwar einem Ehepartner gehören, aber beide Eheleute in annähernd gleichem Maße betreffen. Daraus folgte, daß bei ärztlichen Eingriffen, die solche Güter betreffen, die Interessen des anderen Ehegatten geschützt werden müßten, und der Arzt eventuell auch neben dem Patienten auch den Ehegatten aufklären und dessen Einwilligung einholen müßte, bzw. ein Ehepartner allein nicht wirksam auf Aufklärung verzichten könnte. Der Schutz der Interessen des Ehegatten könnte nur als Ausweitung seiner eigenen Persönlichkeitsrechte konstruiert werden. Persönlichkeitsrechte sind aber - siehe oben - Willensmacht über einen bestimmten Bereich, hier über die Persönlichkeits-sphäre; die durch die Rechtsordnung verliehene Willensmacht ist ausschließlich, d.h. sie steht für einen bestimmten Bereich immer nur einem einzigen Rechtssubjekt<sup>133)</sup> zu. Das bedeutet also, daß über ein Persönlichkeitsgut (z. B. Körper, Selbstbestimmungsfreiheit) grundsätzlich immer nur ein einzelnes Rechtssubjekt Willensmacht besitzt, für das Recht und die Interessen eines Dritten ist hierin kein Raum.

Wenn hier also behauptet wurde, daß es eine Ausweitung der Persönlichkeitsrechte eines Ehegatten auf den anderen grundsätzlich nicht gäbe, so soll das nicht heißen, daß davon keine Ausnahme möglich wäre, und daß ein Aufklärungsverzicht nicht auch die Rechte des anderen Ehegatten tangieren könnte. Doch müßte darauf vom Gesetzgeber ein zumindest vager Hinweis gegeben werden, der eine derartige Schlußfolgerung bei der Interpretation einer Gesetzesnorm zuließe; eine Formulierung wie bei § 1360 S. 1 BGB, wonach sich die Eheleute gegenseitigen Unterhalt schulden, sagt darüber gar nichts aus.

Jedoch gibt es - wie schon oben erwähnt - in der Ehe Güter, die obwohl sie einem einzelnen Ehepartner gehören, doch beide Teile in gleichem Maße berühren. Die Ehe ist eine Geschlechtsgemeinschaft im weitesten Sinne, was sich direkt aus § 1353 I S. 2 BGB ableiten läßt; unstreitig gehört die Geschlechtsgemeinschaft zur ehelichen Lebensgemeinschaft im Sinne von § 1353 I S. 2 BGB; dagegen gehört die gegenseitige Unterhaltungspflicht nicht zu diesem innersten Kernbereich der ehelichen Lebensgemeinschaft. Eine Ehe ohne Geschlechtsgemeinschaft ist a priori keine eheliche Lebensgemeinschaft, während eine Ehe ohne gegenseitige Unterhaltungspflicht mindestens theoretisch vorstellbar ist. Die Ehe verpflichtet zum ehelichen Verkehr in Zuneigung;<sup>134)</sup> darüber hinaus hat § 1353 I BGB für das gesamte Eherecht eine ähnlich grundlegende Bedeutung wie § 242 BGB für das Schuldrecht. Beide Generalklauseln verweisen auf überpositive Normen der Sozialethik, die von der Rechtsordnung recipiert<sup>135)</sup> wurden.

Kann nun z.B. ein Ehemann, der an einem Hodentumor leidet, gegenüber seinem zur Operation bereiten Arzt erklären, er habe vollstes Vertrauen zu ihm und im übrigen interessiere ihn nicht, was unter der Gürtellinie mit ihm geschehe? Hier dürfte m.E. ein Fall der Ausweitung eines Persönlich-

keitsrechtes liegen, denn die Geschlechtsgemeinschaft im Sinne von § 1353 I S. 2 BGB ist so untrennbar mit dem innersten Kern der Ehe verbunden, sodaß etwa eine Sterilisation oder Kastration eines Ehepartners den anderen naturgemäß fast ebenso sehr betrifft, wie den Patienten selbst. Deshalb nehmen die körperlichen Güter, welche hinsichtlich der Geschlechtsgemeinschaft von besonderer Bedeutung sind, eine Ausnahmestellung bei einem Aufklärungsverzicht ein.

Demgemäß ist Bucher<sup>136)</sup> zuzustimmen, wenn er ausführt, die körperliche Integrität, soweit sie hinsichtlich der Fähigkeit zu Geschlechtsverkehr, Zeugungsfähigkeit etc. von Bedeutung ist, müßte nicht nur als Bestandteil der persönlichen Verhältnisse und der geschützten Güter des Patienten selbst, sondern auch seines Ehegatten betrachtet werden. Ein Eingriff, der diese Güter verletze, oder erheblich gefährde, greife in die persönlichen Verhältnisse und die Persönlichkeitssphäre des Ehegatten ein. Deshalb ist auch ein Aufklärungsverzicht eines Ehepartners, der die Generalklausel § 1353 I BGB verletzen oder gefährden würde, als unwirksam zu betrachten. Der Arzt hat hier den Patienten in schonender Weise auf diesbezügliche Operationsfolgen hinzuweisen. Fraglich erscheint, inwieweit der betroffene Ehegatte des Patienten über diese unerwünschten möglichen Operationsfolgen aufzuklären ist, da hier nach den oben dargelegten Ausführungen eine echte Ausweitung des Persönlichkeitsrechtes auf den Ehepartner vorliegt, und dieser durch eine Erschütterung der ehelichen Lebensgemeinschaft mittelbar ebenso betroffen wäre als der Patient; es liegt die Konsequenz nahe, daß in diesen Fällen ausnahmsweise, falls der Patient nicht schon von sich aus seinen Ehepartner unterrichtete, der Arzt diesen auf die wesentlichen und möglichen Folgen diesbezüglicher Art hinzuweisen hat. Das kann aber nicht

die Folge haben, daß dem gesunden Ehegatten eine Einwilligungsbefugnis bezüglich des Eingriffs, der am kranken Ehepartner vorgenommen werden soll, zugestanden werden müßte. Für den Arzt ist allein entscheidend und exkulpierend die Einwilligung des Patienten. Eine andere Lösung würde der Lage keineswegs gerecht, wie sollte der Arzt vorgehen, wenn beispielsweise der Ehemann (Patient) in den Eingriff einwilligt, die aufgeklärte Ehefrau aber eine derartige Verstümmelung nicht zulassen will, weil sie glaubt dadurch würde ihre Ehe zerstört? Dadurch wäre andererseits der kranke Patient wiederum weitgehend in seinem Persönlichkeitsrecht, über seine körperliche Integrität selbst zu verfügen, verletzt.

Eine Ausweitung dieser Durchbrechung des Aufklärungsverzichts über die oben skizzierten Fälle hinaus ist nicht möglich, da nur die Geschlechtsgemeinschaft diesen inneren Kern der Ehe und den intimsten Bereich, dieser institutionalisierten Zweierbeziehung, berührt. Da natürlich jeglicher ärztliche Eingriff auch Folgen haben kann, die mittelbar irgendwie auch den Ehepartner berührt, wäre eine uferlose Ausweitung der Durchbrechung des Aufklärungsverzichts die Folge, was letztlich wiederum die Freiheit des Patienten selbst in Frage stellen würde.

#### b) Rechte der Eltern "am" Kind? § 1626/1631 BGB

Neben den Rechten eines Ehepartners könnten durch einen Aufklärungsverzicht auch Rechte der Eltern verletzt werden, wenn z.B. ein unmündiges aber urteilsfähiges Kind gegenüber dem behandelnden Arzt auf Aufklärung verzichtet. So könnte eventuell das elterliche Sorge- und Personenrecht gemäß §§ 1626 I, 1631 I BGB verletzt werden, wenn z.B. ein 17jähriger Patient auf Aufklärung über Behand-

lungs- und Risikofolgen verzichtet; angenommen es treten Folgen ein, über die aufzuklären gerade verzichtet wurde, die eine monatelange Nachkur in einem Sanatorium erforderlich machen. Dadurch könnte das Personensorge-recht verletzt sein, das grundsätzlich einmal bis zum 18. Lebensjahr besteht, während trotzdem ein minderjäh-riger Patient grundsätzlich auf Aufklärung verzichten kann; dieses Personensorgerecht beinhaltet gerade auch, den Aufenthaltsort des Minderjährigen<sup>136)</sup> zu bestimmen.

Im Grundsatz ist davon auszugehen, daß die Einwilli-gung eines Minderjährigen in eine ärztliche Maßnahme rechtswirksam ist, wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung abzuwägen vermag.<sup>137)</sup> Die Eltern können also bei Urteilsfähigkeit des Kindes nicht bei der Ausübung der Persönlichkeitsrechte des Kindes mit-wirken; das Kind kann rechtsgültig einwilligen und in der Konsequenz damit auch den Umfang ärztlicher Aufklä-rung erweitern bzw. verringern, was bis zum Aufklärungs-verzicht reichen kann.

Neben dem kindlichen Recht des Urteilsfähigen besteht aber nach wie vor die elterliche Gewalt, die sich be-sonders im Recht der Personensorge manifestiert. (§1626 I, 1631 I BGB). Diese Rechte geben den Eltern zweierlei Ansprüche: einmal das Recht der Respektierung dieser el-terlichen Gewalt gegenüber Dritten (als subjektives Recht mit absoluter Außenwirkung gewährt die elterliche Gewalt Abwehrrechte gegenüber störenden Dritten<sup>138)</sup>); dies schließt auch ein, daß gemäß § 1631 I BGB die Eltern den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen können. Zum anderen haben die Eltern wohl auch einen Anspruch auf Gehorsam des Kindes. Auch wenn das Gesetz nicht ausdrücklich davon spricht, hätten die Bestimmungen der elterlichen Gewalt keinen Sinn, wenn das Kind nicht verpflichtet wäre, diesen

auch nachzukommen. § 1631 BGB gibt nach h.M. sogar ein Recht, diesen Gehorsam mit körperlicher Züchtigung zu erzwingen.<sup>139)</sup> Beide Rechte - elterliche Gewalt und Gehorsampflicht des Kindes können als Gewaltunterworfenheit des Kindes bezeichnet werden.

Das parallele Vorhandensein der Elternrechte am minderjährigen Kind und die grundsätzliche Möglichkeit der eigenständigen Ausübung der Persönlichkeitsrechte durch das urteilsfähige Kind, ergeben nun zweierlei Fragen:

1. Haben die Eltern ein selbständiges Recht, daß nicht in die Persönlichkeit des Kindes eingegriffen wird, weil dies auch Objekt elterlicher Rechte ist? D.h. wann scheitert ein Aufklärungsverzicht des urteilsfähigen Kindes, weil dieses Kind elterlicher Gewalt unterworfen ist und evtl. gar nicht selbständig auf Aufklärung verzichten kann?

2. Inwieweit ist das Kind bei der Ausübung seiner eigenen Persönlichkeitsrechte gegenüber Dritten der Gehorsampflicht der Eltern unterworfen? D.h. inwieweit können Eltern dieser Kinder von vornherein verbieten, auf ärztliche Aufklärung zu verzichten?

Zunächst ist davon auszugehen, daß eine Störung der elterlichen Gewalt im Sinne einer Verletzung von § 1626/1631 BGB wohl kaum vorliegt, wenn dem einwilligenden auf Aufklärung verzichtenden urteilsfähigen Kind ein Zahn plombiert wird, ein Medikament verabreicht wird, das in seinen Nebenwirkungen nicht als ausgesprochen gefährlich gilt, etc. Um eine Störung der elterlichen Rechte am Kind annehmen zu können, muß schon eine erhebliche materielle Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Integrität des Kindes vorliegen. Als unterste Grenze wird man die Ebene Extraktion eines Zahnes, Appendektomie (wie in der Regel jegliche Operation), Lumbalpunktion anzusehen haben.

In diesen und allen in der Gefährlichkeit und hinsichtlich des Risikos höher zu bewertenden Fällen, kann bei Nichteinwilligung und Nichtaufklärung der Eltern von einer Verletzung des elterlichen Personensorgerechts gesprochen werden, da die körperliche Integrität des Kindes so stark beeinträchtigt werden kann, daß bleibende Schäden daraus resultieren könnten; folglich sind hier bei Einwilligung und Aufklärung die Eltern zu berücksichtigen, da sie ein subjektives Recht, das auch gegen den Arzt wirkt, besitzen, nämlich gemäß § 1626/1631 BGB die Verhältnisse der Kinder im Rahmen der elterlichen Fürsorge zu bestellen. Bei solchen Eingriffen hätte der Arzt nicht nur die Einwilligung des verständigen, aber unmündigen Kindes einzuholen, sondern sich auch der Einwilligung seiner Eltern zu vergewissern. So schreibt im Ergebnis auch Laufs,<sup>140)</sup> daß nach der Herabsetzung der Volljährigkeitsgrenze auf 18 Jahre, die alleinige Einwilligung des Minderjährigen im Hinblick z.B. auf eine Operation die Ausnahme sein wird. In "aller Regel" würde sich der vom Minderjährigen konsultierte Arzt an den Inhaber der elterlichen Gewalt wenden. Dabei ist aber nicht die Schlußfolgerung zu ziehen, daß beim einsichtsfähigen Minderjährigen die Einwilligung und Aufklärung entbehrlich sei. Nach BGH<sup>141)</sup> sind in den Fällen, wo beide Seiten aufzuklären sind, die Eltern mehr Objekt der Selbstbestimmungsaufklärung, während sich die erforderlichen therapeutischen Hinweise mehr an Minderjährigen zu richten hätten.

Die Einwilligung der Eltern - und in der Konsequenz ein Verzicht auf Aufklärung durch die Eltern - wird oft konkludent erfolgen können, besonders dann, wenn der Minderjährige nicht im Haushalt der Eltern lebt; denn wenn das Kind die Erlaubnis hat, von den Eltern ständig getrennt zu leben, dann kann der Arzt in der Regel daraus schlie-

ßen, daß die Eltern das Kind selbständig und allein entscheiden lassen wollen, und daß keine Korrekturen durch das elterliche Sorgerecht nötig sein werden.

Für den Aufklärungsverzicht kann in diesen Fällen nichts anderes gelten: Wo für einen Eingriff die Einwilligung und Aufklärung der Eltern erforderlich ist, kann ein alleiniger Aufklärungsverzicht des urteilsfähigen Kindes keine Wirkung haben, da nach den oben ausgeführten Grundsätzen eine alleinige Einwilligung des Kindes nicht möglich ist. Ein Aufklärungsverzicht des Kindes kommt nur dann voll zur Wirkung, wo eine alleinige Einwilligungsmöglichkeit des Kindes gegeben ist.

Die Lösung, daß das urteilsfähige Kind in jedem Falle aufgeklärt werden und einwilligen muß, bei tiefgreifenden und schwierigen Eingriffen daneben auch die Eltern, erscheint mir ein tragfähiger Kompromiß zwischen Personenrecht und dem individuellen Persönlichkeitsschutz des Kindes zu sein. Das hat aber zur Folge, daß eventuell Eltern und Kind aufgeklärt werden müssen, und ein Aufklärungsverzicht der einen Seite nicht von der Aufklärung der anderen Seite entbindet. Auch wird ein vertrauensvolles: "Machen Sie was Sie für richtig halten, ich habe volles Vertrauen", einer siebzehnjährigen Person, in den oben skizzierten Fällen für den Arzt nicht bedeuten, daß er nun sofort frei nach ärztlicher Indikation verfahren dürfe, sondern in den meisten Fällen werden die Eltern gerade nicht auf Aufklärung verzichten, sondern detaillierte Informationen fordern. Bei Uneinigkeit zwischen Eltern und Kind müßte der Eingriff im Zweifel unterbleiben, was nicht heißt, die Eltern könnten mißbräuchlich die Einwilligung verweigern.<sup>142)</sup>

Schließlich soll noch erörtert werden, ob die Eltern dem Kind aus dem Gedanken der Gehorsampflicht einen Aufklärungsverzicht verbieten können. Dies ist abzulehnen, da

der urteilsfähige Minderjährige seine Persönlichkeitsrechte selber ausüben können muß. Vielmehr ist anzunehmen, daß die Eltern nur im Innenverhältnis zum Kind einen Aufklärungsverzicht verbieten könnten, was für den Arzt gegebenenfalls keine Konsequenz hätte.<sup>143)</sup>

c) Rechte des Kindes: § 1602 II BGB: Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber dem Kind

Wenn von einem Elternteil ein Aufklärungsverzicht erklärt wird und eine Behandlungsfolge, auf deren Aufklärung verzichtet wurde, dergestalt auftritt, daß dieser Elternteil vollkommen arbeitsunfähig wird, so stellt sich eventuell die Frage, ob nicht ein Recht des Kindes aus § 1602 II BGB verletzt wurde, nachdem die Eltern verpflichtet sind, für den Unterhalt des Kindes zu sorgen.

Der Gedanke ist insofern schon abzulehnen, als eine Durchbrechung des Aufklärungsverzichtes dadurch schon nicht in Frage kommt, als eine ersatzweise Aufklärung des Kindes nicht durchführbar erscheint, und eine Aufklärung des kranken Elternteils das Kind seinem Recht auf Unterhalt nicht näher brächte.

Im übrigen gilt hier dasselbe wie bei der Unterhaltspflicht der Ehegatten untereinander nach § 1360 BGB, und insofern ist auf die Ausführungen dort zu verweisen. Auch hier könnte der Schutz des Interesses des unmündigen Kindes nur als Ausweitung des Persönlichkeitsrechts des Patienten konstruiert werden. Aber wenn schon der Ehegatte mit seinem Unterhaltsanspruch gegen den Ehepartner nicht den Aufklärungsverzicht unwirksam machen kann, so kann auch das Kind mit dem ähnlich gelagerten Unterhaltsanspruch gegen beide Elternteile nach § 1601/1602 BGB diesen Akt der Ausübung eines Persönlichkeitsrechtes nicht durchbrechen.

Außerdem besteht die Unterhaltspflicht nicht absolut, d.h. nach § 1602 II BGB sind die Eltern nur insoweit unterhaltspflichtig, als das Kind kein, oder nur ein sehr geringes Vermögen besitzt. Daraus ist zu folgern, daß nach Sinn und Normzweck des Gedankens gegenseitiger Unterhaltspflicht, die Eltern nur insoweit unterhaltspflichtig sind, als sie selbst dazu in der Lage sind; d. h. wenn ein Elternteil arbeitsunfähig wird, reduziert sich eben seine Unterhaltspflicht; das kann aber nicht zur Folge haben, daß ein Elternteil deswegen nicht auf Aufklärung verzichten könnte. Nicht die Aufklärung oder der Verzicht darauf reduziert den Unterhaltsanspruch des Kindes, sondern eine unvermeidliche Behandlungsfolge eines medizinisch indicierten Heileingriffs.

Eine Beschneidung des Patientenrechtes auf Aufklärungsverzicht wegen der Unterhaltspflicht gegenüber den eigenen Kindern nach §§ 1601/1602 BGB ist deshalb abzulehnen.

#### d) RVO-Krankenkasse?

Unter den sogenannten "Dritten", die durch einen Aufklärungsverzicht eines Patienten in ihren Rechten tangiert werden könnten, ist außerhalb familienrechtlichen Beziehungen, allenfalls noch daran zu denken inwieweit die RVO-Krankenkasse durch einen Aufklärungsverzicht in ihren Rechten verletzt sein könnte.

Wie bei der Erörterung des Arztvertragstypus schon erwähnt, liegt zwischen einem Kassenpatienten und dem Kassenarzt kein eigenständiger Vertrag vor, sondern zwischen der RVO-Krankenkasse und dem Kassenarzt wurde ein Behandlungsvertrag zugunsten eines Dritten (des Patienten) nach § 328/611 BGB geschlossen.

Der Patient bezieht also alle Rechte und Forderungen aus dem Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Kasse, - dem

Deckungsverhältnis -, während der Vertrag zwischen Kasse und Patient als Valutaverhältnis bezeichnet wird. Zur Verdeutlichung der Problematik sei folgender Fall dargestellt: Ein Patient verzichtet dem Arzt gegenüber auf jegliche Aufklärung; eine Behandlungsfolge, auf deren Aufklärung verzichtet wurde, hat die lebenslange Invalidität und ärztliche Folgebehandlung zur Konsequenz, was die Krankenkasse erheblichen finanziellen Belastungen aussetzt. Dadurch könnte das Interesse der Kasse tangiert sein, ihre Versicherungsleistung möglichst klein zu halten. Aus dieser etwas allgemein gehaltenen Formulierung ist schon ersichtlich, daß es wohl letztlich nicht möglich ist, ein Recht der Kasse zu benennen, das durch den Aufklärungsverzicht verletzt sein könnte. Der Patient hat bei der Konstellation § 328/611 BGB alle seine Rechte nicht aus dem Leistungsverhältnis (Arzt-Patient), sondern aus dem Deckungsverhältnis Krankenkasse-Arzt zu beziehen. Demnach hat auch die ärztliche Aufklärungspflicht als Nebenleistungspflicht des Arztes ihren Ursprung im Deckungsverhältnis (Arzt-Krankenkasse). Aus dem Gedanken des § 333 BGB ist aber ersichtlich, daß der Dritte (Patient) in der Lage ist von seinem Recht, das ihm zugedacht ist, keinen Gebrauch zu machen;<sup>144)</sup> die Zurückweisung der Nebenleistungspflicht Aufklärung durch den Patienten erfolgt demnach durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Es ist nicht ersichtlich, welches Recht des Gläubigers (Kasse) verletzt sein soll, wenn der Dritte auf ein ihm an sich zustehendes Recht von sich aus verzichtet; die einzige Beschränkung eine Aufklärungspflicht auszusprechen, könnte darin liegen, daß der Patient im Valuta-Verhältnis sich im Versicherungsvertrag mit der Krankenkasse verpflichtet, einen Aufklärungsverzicht entweder überhaupt nicht, oder nur nach Rücksprache mit der Krankenkasse auszusprechen. Nach meinen Informationen, nach mündlicher

Rücksprache mit einigen RVO-Kassen, gibt es solche Klauseln erwartungsgemäß in keinem Versicherungsvertrag. Es wäre auch äußerst fraglich, ob eine solche massive Einschränkung der persönlichen Rechte des Patienten, nämlich von einem ihm zustehenden Persönlichkeitsrecht keinen Gebrauch zu machen, überhaupt zulässig wäre.

Wenn man schon soweit geht ein eigenes direktes Vertragsverhältnis Arzt-Patient beim Kassenpatienten nicht zuzulassen, was die Entpersönlichung des Verhältnisses Arzt-Patient zum Ausdruck bringt und es zur Vertrauensbildung nicht förderlich ist wenn der Patient nur noch als "Dritter" angesehen wird, der seine Rechte nur aus einem Vertrag zwischen einer riesigen Organisation (RVO-Krankenkasse) und der Kassenärztlichen Vereinigung bezieht, deren Inhalt ihm weitgehend unbekannt bleibt, so wird man nicht noch so weit gehen können zu verlangen, ein Aufklärungsverzicht sei nur nach Rücksprache mit der Kasse möglich, und so die Ausbildung eines besonderen Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient aufs schwerste zu behindern.

Auch wenn man die Konstruktion über § 328 BGB nicht in Frage stellen will, so ist trotzdem das Verhältnis Arzt-Patient mehr als ein Leistungsverhältnis im Sinne der Definition des echten Vertrags zugunsten Dritter, wobei der Dritte nur ein Forderungsrecht gegenüber dem Schuldner Arzt erhält. Man wird die Möglichkeit der Ausbildung eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient nicht leugnen können, und als dessen Konsequenz muß die Ausübung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes - Verzicht auf Aufklärung - möglich sein, auch wenn die pecuniären Interessen der Krankenkasse dadurch eventuell Einbußen erleiden. Im übrigen gilt auch der oben schon erwähnte Gedanke, daß nicht die Aufklärung, oder der Ver-

zicht darauf das Behandlungsrisiko und deren Folgen ausmachen, sondern der ärztlich indizierte Heileingriff.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß also Rechte irgendwelcher Dritter, die einem Aufklärungsverzicht entgegenstehen könnten, grundsätzlich nicht anerkannt werden könnten, mit der Ausnahme, daß bei Eheleuten gemäß § 1353 I BGB die eheliche Lebensgemeinschaft als solche dadurch in Frage gestellt würde. Hier sind insbesondere die Fälle der Kastration oder Sterilisation eines Ehepartners als unvermeidliche Folge eines ärztlichen Eingriffs angesprochen, auf deren Kenntnis also nicht verzichtet werden kann.

Schließlich soll noch untersucht werden, ob ein Aufklärungsverzicht deshalb unwirksam sein kann, weil er als sittenwidrig anzusehen ist, und inwieweit die Möglichkeit des Aufklärungsverzichtes sich nach der Art des ärztlichen Eingriffs richten könnte.

Zunächst soll geklärt werden, ob ein Aufklärungsverzicht deshalb unwirksam sein kann, da er gegen die guten Sitten verstößt. Davon abzugrenzen sind die Fälle, in denen der Eingriff als solcher schon als sittenwidrig anzusehen ist, ganz gleich ob eine Aufklärung erfolgte oder nicht, so z. B. eine Gefälligkeitssterilisation<sup>145)</sup> eines jungen noch kinderlosen Menschen, bei dem keinerlei Indikation für den Eingriff vorliegt. Den Begriff sittenwidrig positiv zu definieren erscheint mir unmöglich, so daß mit mehr oder minder genauen Umschreibungen gearbeitet werden muß, die zumindest einen Teilbereich der Sittenwidrigkeit abdecken, ohne den Begriff letztlich zur Gänze auszufüllen. In seiner Grundlegung zur Metaphysik der Sitten schreibt Kant:<sup>146)</sup>

"Nun sage ich, der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht

blos als Mittel zum beliebigen Gebrauch für diesen oder jenen Willen"...

und faßt das Sittengebot wie folgt zusammen:

"Der praktische Imperativ wird also folgender sein: handle so, daß du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals blos als Mittel brauchst."<sup>147)</sup>

Dieser Gedanke findet sich wieder im Bonner GG (Art.1) wonach die Menschenwürde verletzt ist, wenn jemand ausschließlich als bloßes Objekt zu einem bestimmten Zweck gebraucht wird.<sup>148)</sup> Zwar sind nach h.M. die Grundrechte subjektiv öffentliche Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, - sie haben also keine Drittwirkung<sup>149)</sup> -, sie können aber insofern Eingang in das Privatrecht finden, als sie zur Auslegung von Generalklauseln (§§ 242, 138, 826 BGB) herangezogen werden. Das BVerfG<sup>150)</sup> hat dazu grundsätzlich ausgeführt: "Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. In den Grundrechtsbestimmungen des GG verkörpert sich aber eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt." Somit gilt der Grundsatz, daß niemand zu einem bloßen Mittel für einen bestimmten Zweck benutzt werden darf, unmittelbar über die Generalklausel der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) auch für das Privatrecht, sodaß ein Aufklärungsverzicht, der gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist, und die Rechtswidrigkeit des ärztlichen Handelns nicht beseitigt wird.

##### 5) Aufklärungsverzicht ist sittenwidrig: Ärztliches Experiment

Als Paradebeispiel bei dem sich die Frage nach einem sittenwidrigen Aufklärungsverzicht stellt, erscheint mir das sogenannte klinische Experiment, worunter man "Eingriffe und Behandlungsweisen am Menschen versteht, die rein zu Forschungszwecken vorgenommen werden, ohne der Heilbehandlung im einzelnen Fall zu dienen, und deren Auswirkungen und Folgen auf Grund der bisherigen Erfahrung noch nicht hinreichend zu übersehen sind."<sup>151)</sup> Entscheidend ist also, daß nicht eine konkrete therapeutische Absicht vorhanden ist, sondern das wissenschaftliche oder allgemeine medizinische Interesse im Vordergrund des Bemühens steht. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß das klinische Experiment innerhalb enger Schranken zulässig ist, auch wenn man auch hier schon Zweifel haben könnte, wird doch hier generell höherwertiges Rechtsgut wie die Gesundheit des Probanden, gegenüber dem vergleichsweise niedrigeren Interesse der medizinischen Forschung, aufs Spiel gesetzt.

Nach dem Arzneimittelgesetz<sup>152)</sup> und der Strahlenschutz-VO ist es erforderlich, daß die Risiken, die mit dem Experiment für die Person verbunden sind, gemessen an der voraussichtlichen Bedeutung des Arzneimittels für die Heilkunde, ärztlich vertretbar sind. Die Versuchsperson kann rechtswirksam nur einwilligen, wenn sie geschäftsfähig, voll aufgeklärt und fähig ist, das Wesen des Versuchs und seine Gefahr zu ermessen und ihren Willen danach zu bestimmen. Die Einwilligung ist jederzeit widerrufbar. Besonders hohe Anforderungen sind deshalb an die Einwilligungsintensität und folglich an das Maß der Aufklärung zu stellen. Hier ist davon auszugehen, daß das Erfordernis Einwilligung-Aufklärung nicht bloß ein Rechtfertigungs-

grund für einen ärztlichen Eingriff darstellt, sondern bereits eine Tatbestandsvoraussetzung eines von der Rechtsordnung gedeckten ärztlichen Experiments darstellt.

Kann aber nicht hier auch der Proband im Vertrauen auf das ärztliche Können auf die notwendige Aufklärung verzichten? Ein Verzicht würde einmal nicht das tatbestandlich erforderliche Aufklärungsgebot beseitigen; zum anderen würde der Proband beim ärztlichen Experiment dadurch zu einem reinen Mittel für einen medizinischen Sachzweck herabgewürdigt. Seine an sich vorliegende Einwilligung könnte diesen gravierenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht mehr tragen. Wird der Proband aufgeklärt, so hat er das Bewußtsein des Risikos, er kann Nutzen und Schaden noch gegeneinander abwägen; er weiß eventuell wann er die Einwilligung zurückziehen könnte; er hat wenigstens vage ein Gefühl der abstrakten Gefährdung; all dies ist m.E. beim klinischen Experiment, als ein Faktor der notwendigen Freiwilligkeit und das Gefühl des Probanden, wenigstens willensmäßig Herr der Situation zu sein, unverzichtbar. Ein Aufklärungsverzicht beim klinischen Experiment ist daher nicht möglich, da sittenwidrig.

6) Inwieweit richtet sich die Möglichkeit des Verzichtes nach der Art des ärztlichen Eingriffs?

In diesem Zusammenhang bleibt zu überlegen, ob und inwieweit ein Aufklärungsverzicht bei anderen ärztlichen Eingriffen möglich ist. Außer den oben schon angesprochenen gewöhnlichen ärztlichen Eingriffen und ärztlichen Experimenten lassen sich noch folgende ärztliche Maßnahmen unterscheiden: Kosmetischer Eingriff, Transplantatentnahme, Heilversuch und sog. andere ärztliche Eingriffe wie Steri-

lisation, Kastration, Schwangerschaftsabbruch, Geschlechtsänderung und künstliche Insemination.

Die kosmetische Behandlung dient grundsätzlich der Beseitigung von Schönheitsfehlern. Diese sind nicht als Krankheit anzusehen, die Behandlung dient also nicht der Heilung eines krankhaften Gesundheitszustandes.<sup>153)</sup>

Es gibt aber auch hier Eingriffe, die der Therapie einer Krankheit dienen, nämlich dann, wenn der Schönheitsfehler zu einer Neurose, oder zu einer psychosomatischen Störung geführt hat.

Die eigentliche kosmetische ärztliche Behandlung erfordert ein besonders hohes Maß an Aufklärung, da der Grundsatz gilt: "je dringender die Indikation, je notweniger der Eingriff, desto leichter wiegt die Aufklärung und umgekehrt. Das Maß der Genauigkeit, mit der aufgeklärt werden muß, steht im umgekehrten Verhältnis zu dem Maß der Dringlichkeit mit der die Operation indiciert ist".<sup>154)</sup>

Da aber beim kosmetischen Eingriff Indikation und Dringlichkeit des Eingriffs sehr gering sind, muß der Arzt generell den Patienten über alle in Frage kommenden Umstände ausgiebig aufklären. Fraglich erscheint, inwieweit hier ein Aufklärungsverzicht möglich ist; in Anwendung der Grundsätze, die besagen wann und inwieweit der Arzt grundsätzlich von sich aus hier aufzuklären hat, wird man annehmen können, daß ein Aufklärungsverzicht um so seltener anzutreffen sein wird, je höher das Maß der Aufklärung an sich anzusetzen ist. Demnach wird ein Aufklärungsverzicht beim kosmetischen Eingriff weit seltener zu befolgen sein, als beim gewöhnlichen Heileingriff. Ein stillschweigender Aufklärungsverzicht dürfte hier gänzlich unmöglich sein. Beim ausdrücklichen Aufklärungsverzicht wird es entscheidend sein, welche Bereiche "der" Aufklärungspflicht davon erfaßt werden. Die therapeutische Pflichtaufklärung dürfte auch hier unverzichtbar sein; sie

steht nicht zur Disposition des Patienten, damit er Einfluß auf die ärztliche Sorgfalt der vorzunehmenden Behandlung nehme.

Auch Selbstbestimmungsaufklärung dürfte weitgehend unverzichtbar sein; so muß der Patient auch hier wissen, was mit ihm überhaupt geschehen soll (z.B. Operation oder Bestrahlung), damit er nicht zu einem reinen Objekt ärztlicher Fürsorge herabsinkt. Auch die Risikoauflklärung dürfte kaum verzichtbar sein, da hier im Gegensatz zum Heileingriff, kaum eine Abwägung zwischen medizinischer Indikation und Risiko erfolgen kann, da eine echte Indikation überhaupt nicht vorliegt. Vielmehr sind die Risiken wohl der entscheidende Faktor beim Entschluß einen solchen Eingriff vorzunehmen oder nicht. Unterbleibt hier aufgrund eines Verzichtes die Aufklärung über die Risiken, so wird es sehr fraglich, ob die Einwilligung noch rechtmäßig ist; denn ein bloßes "Sich-Ausliefern" ist eben keine Einwilligung. Ein Verzicht auf Aufklärung wird am ehesten noch bei der Prognoseaufklärung stattfinden können, da beim kosmetischen Eingriff eine Prognose inwieweit der Eingriff "gelingt" naturgemäß unsicher ist und individuell verschieden beurteilt werden wird. So ist z.B. eine Prognose, ob das "Liften" von Gesichtsfalten zur Zufriedenheit der Patientin ausfällt bzw. später wiederholt werden muß, in der Regel nicht exakt möglich, so daß hier ein Aufklärungsverzicht meist zum Tragen kommen wird. Aber auch hier werden die Umstände des Einzelfalles entscheidend sein.

Bei allen ärztlichen Eingriffen, die nicht unmittelbar der Heilung oder Linderung eines Gebrechens dienen, tritt der Gedanke der ärztlichen Sorgfalt verstärkt in den Vordergrund: so ist beim kosmetischen Eingriff z.B. die Risikoauflklärung weniger von der Warte der Willensfreiheit des Patienten, als vom Gedanken der ärztlichen Sorgfalt

aus zu beurteilen, erstreckt sich doch die ärztliche Sorgfalt, da es an einer klaren medizinischen Indikation fehlt, gerade auch auf die Darstellung des medizinischen Risikos.

Im Ergebnis wird bei kosmetischen Eingriffen also ein Aufklärungsverzicht meist nicht zur Anwendung kommen.

Im Gegensatz zum klinischen Experiment steht beim ärztlichen Heilversuch die therapeutische Absicht im Vordergrund des ärztlichen Bemühens. Diesem Gedanken folgen die Regeln des Arzneimittelgesetzes zum Schutze des Menschen bei klinischer Prüfung.<sup>155)</sup> Der Arzt darf diese nur durchführen: "wenn die Anwendung des zu prüfenden Arzneimittels nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist, um das Leben des Kranken zu retten, seine Gesundheit wieder herzustellen, oder sein Leiden zu erleichtern." Hier darf auch der Heilversuch durchgeführt werden bei Personen, die geschäftsunfähig sind. Die Einwilligung ist auch mündlich in Gegenwart eines Zeugen wirksam. Das Gesetz erlaubt sogar dem Arzt, von Aufklärung und Einwilligung "in besonders schweren Fällen " abzusehen, wenn durch die Aufklärung der Behandlungserfolg gefährdet würde und ein entgegengesetzter Wille des Kranken nicht ersichtlich ist." Grundsätzlich gilt aber, je neuer und unerprobter die Methode, desto eindringlicher und umfassender hat er den Patienten aufzuklären. Trotzdem sieht das Gesetz Fälle vor, wo der Arzt sogar auf die Einwilligung (!) verzichten kann. Um so eher wird man hier deshalb von der Möglichkeit eines Aufklärungsverzichtes, gerade auch stillschweigend erklärt, auszugehen haben. Beim Heilversuch steht ganz die Indikation im Vordergrund, Risiken treten geradezu in den Hintergrund, da es sich oft um die letzte Chance der Hei-

lung oder Linderung bei schwerkranken Patienten handeln wird. Da sogar das Gesetz davon ausgeht, daß in bestimmten Fällen von der Einwilligung abzusehen ist, wird der Möglichkeit eines Aufklärungsverzichtes hier breiter Raum einzuräumen sein.

Bei ärztlichen Eingriffen, die der Transplantatentnahme bei einem lebenden Spender und deren Übertragung auf einen Empfänger dienen, ist die Einwilligung und Aufklärung des Empfängers von der des Spenders zu unterscheiden: Für den Empfänger stellt sich der Eingriff (Implantation) als Heileingriff dar. Ein Aufklärungsverzicht ist hier grundsätzlich möglich und er unterscheidet sich insofern nicht vom Verzicht beim gewöhnlichen Heileingriff. Dagegen ist die Operation für den Spender keine Heilmaßnahme.<sup>156)</sup> Deshalb ist eine ausdrückliche und hohe Intensität der Einwilligung zu fordern, die wiederum eine volle und ausgiebige Aufklärung nötig macht. Der Arzt hat dabei die Gefahren der Operation, den Grad der Dringlichkeit der Implantation beim Empfänger und die Erfolgsaussichten der Transplantation im einzelnen zu erklären. Ein Verzicht auf Aufklärung dürfte nur expressis verbis möglich sein und sich allenfalls auf den Grad der Dringlichkeit der Implantation beim Empfänger und die Erfolgsaussichten der Transplantation nach der klinischen Erfahrung erstrecken. Ein weitergehender Verzicht, insbesondere auf den Grad des Risikos für den Spender dürfte unmöglich sein, da dieser sonst nicht mehr freiwillig einwilligen könnte und seinen Körper als bloßes Mittel zu einem, wenn auch erwünschten, Zweck degradieren würde, was zu einer ähnlichen Situation führen würde, wie ein Aufklärungsverzicht beim ärztlichen Experiment. Auch läßt sich ein Nein des vorgesehenen Spenders auch nicht aus dem Gedanken des übergesetzlichen Notstandes<sup>157)</sup> überbrücken.

Zum Schluß dieses Kapitels soll noch auf die Möglichkeit des Aufklärungsverzichts bei den sogenannten besonderen ärztlichen Maßnahmen eingegangen werden, wobei zunächst auf den Schwangerschaftsabbruch eingegangen werden soll.

Beim Schwangerschaftsabbruch ist ein Aufklärungsverzicht des Patienten ohne Bedeutung, da die Aufklärung bzw. Beratung der Schwangeren durch einen Arzt in § 218 b I S. 2 STGB ausdrücklich verlangt wird. Diese Beratung hat nicht nur die Aufklärung über die mit jedem medizinischen Eingriff verbundenen Risiken zu dienen, sondern alle Gesichtspunkte zu erfassen, die aus ärztlicher Sicht für das Austragen oder Abbrechen der Schwangerschaft von Bedeutung sind, so insbesondere das Schwangerschaftsstadium, die Konstitution von Mutter und Frucht, sowie alternative Eingriffsmöglichkeiten und Kontraindikationen.<sup>158)</sup> Dabei ist davon auszugehen, daß in der Regel diese ärztliche Beratung dem Abbruch unmittelbar vorausgehen<sup>159)</sup> wird, sofern sie nur vor dessen Einleitung vorgenommen wird; d.h. also aufklärender und die Schwangerschaft abbrechender Arzt werden in der Regel identisch sein. Ein Aufklärungsverzicht ist also wegen § 218 b I S.2 STGB unwirksam.

Eine Sterilisation verstößt auch nach Ansicht des BGH<sup>160)</sup> heute nicht mehr von vornherein gegen die guten Sitten, wenn z.B. eine verheiratete Mutter von zwei Kindern keinen weiteren Nachwuchs mehr wünscht. Ansonsten wird nur bei einem jungen noch unverheirateten oder kinderlosen Menschen sich der Eingriff in der Regel verbieten, wenn er nicht medizinisch oder genetisch begründet ist. Vor jeder Sterilisation hat der Arzt den Patienten grundsätzlich besonders sorgfältig, umfassend und eindringlich über die Eigenart des Eingriffs und seine Folgen aufzuklären. Ein Verzicht auf Aufklärung dürfte bezüglich der

oben angeführten Punkte - Eigenart des Eingriffs und seine Folgen - nicht möglich sein, da ohne Aufklärung eine rechtserhebliche und auf Freiwilligkeit basierende Einwilligung nicht möglich ist, weil andernfalls der Patient gar nicht weiß, was wirklich mit ihm geschieht und welche Folgen sein Verlangen hat. Ein Aufklärungsverzicht könnte aber möglich sein, wenn es sich nicht um eine Gefälligkeitssterilisation, sondern um einen medizinisch indicierten Heileingriff handelt, der nur als unvermeidliche Folge einer Sterilität des Patienten nach sich zieht. Aber auch hier dürfte die schonungslose Aufklärung gerade über den möglichen Eintritt solcher Folgen - trotz Aufklärungsverzicht - die Regel sein, da eine Sterilität die Gesamtpersönlichkeit in derart schwerwiegender Weise beeinträchtigt, daß darauf ebenso wenig verzichtet werden kann, wie wenn der Patient in Gefahr läuft ein wichtiges Körperglied zu verlieren. (siehe oben).

Bei Verheirateten braucht sich der Arzt zwar nicht der Einwilligung des Ehepartners versichern;<sup>161)</sup> m.E. ist aber bei Gefälligkeitssterilisation ein Aufklärungsverzicht unerheblich und nicht mehr von einem Ehepartner allein zu verantworten, wenn gem. § 1353 BGB die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft verletzt ist, wozu in der Regel auch die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft gehört. Auch ein Aufklärungsverzicht des Patienten kann den Arzt nicht hindern, den Ehepartner des Patienten unter Umständen aufzuklären und auf die einschneidenden Folgen hinzuweisen, da dem Ehepartner in diesen Fragen offensichtlich ein gewisses Mitspracherecht zusteht. So entspreche es nach BGH<sup>162)</sup> "gutem ärztlichen Brauch, den Ehegatten zu befragen und sich bei dessen Weigerung - je nach den von ihm ins Feld geführten Gründen - zurückzuhalten."

Wesentlich stärker als die Sterilisation greift die Kastration in die Persönlichkeit eines Menschen ein. Das Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden<sup>163)</sup> regelt im einzelnen die Voraussetzungen, unter denen eine Kastration zulässig ist. Die Einwilligung wirkt nur, wenn der Betroffene "vorher über Grund, Bedeutung und Nachwirkungen der Kastration, über andere in Betracht kommende Behandlungsmethoden, sowie über sonstige Umstände aufgeklärt wurde, denen er erkennbar eine Bedeutung für die Einwilligung beimißt."<sup>164)</sup> Mißt in seltenen Fällen der Patient dem allen keine Bedeutung bei, sodaß er auf Aufklärung verzichtet, so ist dies unerheblich, da das gesetzliche Erfordernis der Aufklärung nicht durch einen Verzicht unwirksam gemacht werden kann. Ist der Betroffene nicht in der Lage Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu begreifen, so ist an die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers zu denken. Ein Aufklärungsverzicht bei Kastrationen ist also unwirksam.

Eine genitalkorrigierende Operation ist nach BGH,<sup>165)</sup> wegen ihrer die gesamte Persönlichkeit verändernden Auswirkungen nur in ganz eindeutigen Ausnahmefällen, in denen sie zur Vermeidung schwerster seelischer und körperlicher Beeinträchtigungen unerläßlich erscheint, nicht als sittenwidrig zu betrachten. Ein Aufklärungsverzicht kommt nicht in Frage, da die Einwilligung in den Eingriff fraglich würde und folglich die gesamte Operation als rechtswidrig zu sehen wäre.

Die künstliche Insemination wirft ähnliche Bedenken auf, wie eine genitalkorrigierende Operation. So verstößt die heterologe Insemination mit gewollter Anonymität des Spermators gegen die Menschenwürde nach Art. 1 I GG.<sup>166)</sup> Eine heterologe Insemination ist rechtlich aber noch zu

vertreten, wenn ein früher Versuch mit dem Sperma eines anderen Gebers nicht zur Konzeption führte, und wenn der Spender darüber aufgeklärt wurde, daß das Kind seine Ehelichkeit anfechten und dann die Vaterschaft des Samengebers feststellen lassen kann. Eine Aufklärung hat auch darüber zu erfolgen, daß nach erfolgreicher Ehelichkeitsanfechtung der Arzt den Namen des Spenders nicht geheimhalten darf, und daß der Ehegatte über diese Situation aufgeklärt werden muß. Diese Vorschriften sind zwingend und auch durch Aufklärungsverzicht nicht zu umgehen.<sup>167)</sup>

#### VI) Einzelfragen zum Aufklärungsverzicht

Ein volljähriger Patient, der in der Lage ist rechtsgültig in einen ärztlichen Eingriff einzuwilligen, kann grundsätzlich auf jegliche Aufklärung durch den Arzt verzichten, denn die Ausübung der Persönlichkeitsrechte durch den Rechtsträger selbst erfolgt nach freier Willkür und unverantwortlich. Anders stellt sich das Problem eventuell dann, wenn nicht der Rechtsinhaber selbst, sondern z.B. sein gesetzlicher Vertreter auf Aufklärung verzichtet; es handelt sich dabei um die Erfüllung einer Organfunktion, d.h. das Recht soll nicht nach freier Willkür gehandhabt werden, sondern zum Besten des Patienten. Zu Verdeutlichung folgender Fall:

- 1) Möglichkeit eines Aufklärungsverzichtes durch einen Vertreter?

Ein geistig unzurechnungsfähiger Patient soll sich einer

Strumektomie unterziehen; inwieweit ist hier ein Aufklärungsverzicht des gesetzlichen Vertreters möglich? Hat der Aufklärungsverzicht eines Vertreters die gleiche absolute Geltung, wie diejenige des mündigen Patienten in eigener Sache? Für den Arzt kann es fraglich werden, ob der Aufklärungsverzicht wirksam ist, wenn bei einem Urteilsunfähigen der gesetzliche Vertreter von vornherein an jeglicher Aufklärung völlig desinteressiert ist, weil ihn das Schicksal des Patienten nicht sonderlich berührt, so vielleicht bei einem vom Jugendamt bestellten Vormund, der oft der gesetzliche Vertreter von einem Dutzend weiterer ähnlicher Patienten ist. Grundsätzlich gilt, daß der gesetzliche Vertreter, indem er die Rechte des Vertretenen wahrnimmt, in eben diesen Rechten kaum einer Beschränkung unterliegen kann; er kann also genauso auf Aufklärung verzichten, wie der Rechtsinhaber selbst. Fraglich ist aber, ob es einen mißbräuchlichen Aufklärungsverzicht des Vertreters gibt. Entscheidend ist hier die Frage, ob sich der Arzt auf diesen Aufklärungsverzicht berufen kann; inwieweit im Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem ein Mißbrauch vorliegt, soll in diesem Zusammenhang nicht interessieren. Vom Standpunkt des Arztes aus gesehen, muß im Interesse der Rechtssicherheit der objektive Erklärungswert des gesetzlichen Vertreters seine Verbindlichkeit für den Arzt behalten; der Arzt kann nicht zum Richter darüber gemacht werden, ob der gesetzliche Vertreter im Einzelfall dem Vertretenen gegenüber im Innenverhältnis Recht mißbräuchlich ausübt oder nicht. Der ärztliche Eingriff muß bei objektiv vorliegendem Aufklärungsverzicht und daraus folgender Einwilligung als gerechtfertigt erscheinen; alles andere würde den behandelnden Arzt überfordern.

Anderes gilt nur, wenn der Arzt den Eindruck hat, ein Aufklärungsverzicht verstoße gegen seine ärztliche Fürsorgepflicht und würde dem Gedanken des "salus aegroti suprema lex" zuwiderlaufen. Somit dürfte ein Aufklärungsverzicht, der dem Bereich therapeutischer Sorgfalt und Lenkung, Nebenwirkungen etc. betrifft, grundsätzlich damit nicht miterfaßt sein. Auch die Aufklärungspflicht gegenüber Dritten (Ansteckungsgefahr) ist unverzichtbar; ebenso muß der gesetzliche Vertreter in diesen Fällen wenigstens in Grundzügen wissen, was mit dem Patienten für eine Therapie vorgenommen werden soll.

## 2) Irrtümliche Annahme eines Aufklärungsverzichtes durch den Arzt

Ein anderes Problem, das sich vor allem beim stillschweigenden Aufklärungsverzicht stellen wird, ist daß der Arzt oft sehr leicht irrtümlich einen Aufklärungsverzicht annehmen wird, obwohl der Patient in Wahrheit sehr wohl eine Aufklärung wünschte, diesen Wunsch aber nicht ausdrücklich zu äußern braucht. Zunächst ist davon auszugehen, daß der objektive Erklärungswert einer Willenserklärung maßgeblich sein wird; so muß sich der Erklärende eine Festlegung des Erklärungsinhalts, so wie der Erklärungsempfänger ihn bei Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Umstände als gewollt ansehen muß, gefallen lassen.<sup>168)</sup>

Deutet also der objektive Erklärungswert des Patienten bei Auslegung aller relevanten Umstände auf Aufklärungsverzicht hin, so wird der Arzt bei Nichtaufklärung gerechtfertigt sein, auch wenn der Patient hinterher kundtut, in Wirklichkeit habe er gar nicht verzichten wollen.

Anders wird der Fall zu beurteilen sein, wenn ein Irrtum des Arztes bezüglich der Bewertung der Aussage oder

des konkludenten Verhaltens des Patienten vorliegt. Zu unterscheiden ist zunächst die materiellrechtliche Würdigung von den Beweisfragen.

Jeder Eingriff des Arztes ist als Körperverletzung zu bewerten, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt; dafür kommt fast nur die Einwilligung in Betracht, die aber nur gültig ist, wenn der Patient aufgeklärt wurde, oder auf Aufklärung verzichtet hatte. Nimmt der Arzt irrtümlichen Aufklärungsverzicht an, so irrt er gleichzeitig insofern, als er glaubt, die Einwilligung sei rechtmäßig erteilt worden. Er irrt also über das tatsächliche Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes, der nicht eingreift, da der Patient in Wirklichkeit nicht auf Aufklärung verzichtete.

a) Liegt Verbotsirrtum oder Tatbestandsirrtum vor?

Fraglich ist, ob bei einem Irrtum über die tatbestandlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes ein Verbotsirrtum nach § 17 STGB oder Tatbestandsirrtum nach § 16 STGB anzunehmen ist. Die Anhänger der Mindermeinung strenge Schuldtheorie (Welzel, Armin Kaufmann<sup>169)</sup> u.a.) behandeln diese Fälle wie einen Verbotsirrtum nach § 17 STGB. Die herrschende eingeschränkte Schuldtheorie, der hier gefolgt werden soll, geht davon aus, daß hier ein Tatbestandsirrtum vorliegt, und nach h. M. soll § 16 I STGB analoge Anwendung finden.<sup>170)</sup> Dies führt zu dem Ergebnis, daß eine vorsätzliche Begehung des Körperverletzungstatbestandes (§ 233 STGB) ausscheidet. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt dagegen unberührt. (§ 16 I S. 2 STGB) Dieses Ergebnis nützt dem Arzt bei einem Irrtum so gut wie nichts, denn auch eine Behandlung ohne jegliche Aufklärung ist von

den Gerichten nie als vorsätzliche Tat bewertet worden; ein Irrtum über einen Aufklärungsverzicht würde demnach voll zu Lasten des Arztes gehen.

Wenn man nach der strengen Schuldtheorie annähme, es handle sich um einen Verbotsirrtum (§ 17 STGB), so würde der Arzt ebenfalls nicht privilegiert, da es darauf ankäme, ob der Irrtum vermeidbar war oder nicht. Wenn sich der Arzt, trotz des objektiv klaren Erklärungswertes des Patienten, über das Vorliegen eines Aufklärungsverzichtes irrt, so wird in der Regel davon auszugehen sein, daß der Irrtum vermeidbar war, was dem Arzt wiederum keinerlei Verbesserung seiner Situation einbringen wird.

Ein Irrtum über das Vorliegen eines Aufklärungsverzichtes wird dem Arzt<sup>171)</sup> also voll angerechnet werden.

Wichtiger als diese materiellrechtliche Fragestellung erscheint mir das Problem, wer nun beweisen muß, ob der Patient auf Aufklärung verzichtete oder nicht, denn davon wird der Ausgang eines Prozesses oft abhängen.

b) Beweisfragen: Grundsätzlich muß der Arzt den Verzicht beweisen

Grundsätzlich gilt für die Beweislastverteilung folgendes: Jede Partei trägt die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm. Wenn also z.B. der Patient das Bestehen der Voraussetzungen des § 823 I BGB behauptet, hat er die Tatsachen zur Überzeugung des Gerichts zu führen, an die das bürgerliche Recht die Entstehung des Schadensersatzanspruchs knüpft. Der Mangel der Aufklärung wirkt sich also in diesem Fall zum Nachteil derjenigen Prozeßpartei aus, die für diesen Umstand die Beweislast trägt.<sup>172)</sup> Demnach gilt bei einer Fallkonstellation, bei der der Patient als Fol-

ge eines ärztlichen Heileingriffs einen Schaden davongetragen hat, über den er angeblich vorher nicht aufgeklärt wurde, der Arzt aber Aufklärungsverzicht einwendet, folgende Beweislastregel: Der Patient muß insbesondere den Schaden, das Handeln des Arztes<sup>173)</sup> und die adäquate Kausalität zwischen Handeln und Schaden<sup>174)</sup> beweisen. Indessen trifft den Arzt die Beweislast dafür, falls der Patient mangelhafte Aufklärung rügt, daß er den Kranken über alle Nebenfolgen und Risiken des ärztlichen Eingriffs unterrichtet habe. Die Aufklärung bildet die Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung und teilt beweisrechtlich den Charakter als Rechtfertigungsgrund: insofern muß der Arzt beweisen, daß die Einwilligung rechtswirksam vorlag.<sup>175)</sup> Nichts anderes kann gelten, wenn der Arzt behauptet, es läge ein Aufklärungsverzicht vor. Denn die Einwilligung des Patienten ist nur für den Arzt rechtfertigend, wenn entweder die Aufklärung erteilt wurde, oder auf sie vom Patienten verzichtet wurde. Da die Aufklärung oder der Verzicht darauf beweisrechtlich als Korrelat der Einwilligung<sup>176)</sup> zu sehen ist, muß der Arzt einen Aufklärungsverzicht notfalls vor Gericht beweisen. Dieses Ergebnis nötigt den Arzt beim Aufklärungsverzicht des Patienten entweder Zeugen beim Gespräch anwesend sein zu lassen, oder sich einen entsprechenden Verzicht vom Patienten dokumentieren zu lassen. Beides sind zu Recht sehr unpopuläre Maßnahmen, die der Vertrauensbildung zwischen Arzt und Patient nicht förderlich sind, aber vom Standpunkt der Beweissicherung dürften sie unumgänglich sein.

### 3) Verzichtender Patient hat irrige Vorstellungen über normalerweise aufzuklärende Umstände

Wie sind Fälle rechtlich zu beurteilen, bei denen der Patient allgemein ersichtlich über Risiko und Folgen eines ärztlichen Eingriffs falsche Vorstellungen hat, im übrigen aber auf jegliche Aufklärung verzichtet? So z.B. ein Patient, der glaubt die vorgesehene  $\beta$ -Strahlentherapie sei gänzlich ungefährlich und mit Röntgenstrahlen vergleichbar. Aus diesem Grunde verzichtet der Patient auf Aufklärung, da er sich selbst bestens unterrichtet glaubt. Im Grundsatz kann m.E. dieser Patient rechtlich nicht anders behandelt werden, als der Kranke, der ohne nähere Angaben von Gründen auf jegliche Aufklärung verzichtet. Entscheidend für den Arzt muß der objektive Erklärungswert des Verhaltens des Patienten sein, auf die Aufklärung zu verzichten.

Man kann nun einwenden, in den Fällen, in denen der Aufklärungsverzicht auf sichtlich falschen Vorstellungen beruht, habe der Arzt die Verpflichtung diese falschen Vorstellungen auszuräumen. Aber man wird davon auszugehen haben, daß auch der Patient, der nur kurz und bündig seinen Verzicht äußert, irgendwelche Vorstellungen hinsichtlich des bevorstehenden Eingriffs haben wird, und daß diese "Vorstellungen" in der Regel wohl medizinisch ziemlich irrelevant sein werden. Die Motivation des Patienten für den Verzicht kann beim Arzt keinerlei Berücksichtigung erfahren; insofern muß es auch unerheblich sein, ob der Patient nun diese Motive äußert, oder ob er sie wie gewöhnlich für sich behält. Der Arzt wäre überfordert und der Patient meist zutiefst verunsichert, wenn jedesmal, wenn ein Aufklärungsverzicht auf falschen Vorstellungen basierte, der Kranke sich erst einmal einer Korrektur seiner Motive und Vorstellungen unterziehen müßte, und

sich zu guter Letzt die Frage stellen lassen müßte, ob er immer noch keine Aufklärung wünsche. Schließlich ist aber zu betonen, daß diese irrigen Vorstellungen trotz Aufklärungsverzichtes dort zu korregieren sind, wo sie zu einer Gefährdung der Gesundheit bzw. zu einer Verlangsamung des Heilprozesses führen. So z.B., wenn ein an einem Magen-CA operierter Patient, der glaubt es handle sich um einen relativ ungefährlichen Eingriff und deshalb auf Aufklärung verzichtet, daraus folgert er könne sogleich wieder üppige Mahlzeiten zu sich nehmen. Hier greift wieder die therapeutische Pflichtenaufklärung ein, die grundsätzlich unverzichtbar ist. Immer dort, wo durch einen Aufklärungsverzicht das Wohl des Patienten gefährdet wäre, muß die Fürsorgepflicht des Arztes eingreifen und den Aufklärungsverzicht durchbrechen. Ansonsten sind diese Fälle grundsätzlich nicht anders zu behandeln, als wenn der verzichtende Patient keine Äußerungen über medizinische Vorstellungen und Motive von sich geben würde.

Der Aufklärungsverzicht rechtfertigt zusammen mit der erteilten Einwilligung auch hier den Arzt.

#### 4) Causalitätsfragen - rechtmäßiges Alternativverhalten

Als besonderes rechtliches Problem des Aufklärungsverzichtes sind die Kausalitätsfrage und das sogenannte rechtmäßige Alternativverhalten anzusehen. Zur Verdeutlichung soll folgender (konstruierter) Fall dienen: Ein Arzt, der an einem Patienten eine Operation vornehmen will, deren statistische Letalitätsrate 20% beträgt, hat diesen darüber nicht aufgeklärt. Der Patient stirbt an den typischen Folgen dieses Eingriffs. Der Staatsanwalt klagt den Arzt wegen fahrlässiger Körperverletzung mit Todesfolge

(§ 226 STGB) an, da der Eingriff ohne Einwilligung - d.h. ohne die notwendige Aufklärung - erfolgte. Der Arzt verteidigt sich mit dem Hinweis, der Patient hätte auf jeden Fall eingewilligt, da er auf Aufklärung verzichtet hätte. Nehmen wir einmal an, der Arzt könnte auch ex post beweisen, daß der Patient ex ante auf Aufklärung verzichtet hätte, (Äußerungen des Patienten gegenüber Dritten, die vor Gericht entsprechend aussagen). So stellt sich trotzdem die Frage, ob hier der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens den Arzt rechtfertigen kann. Die wohl h.M.<sup>177)</sup> geht davon aus, daß das rechtmäßige Alternativverhalten dem Arzt nicht zugute kommen soll, denn durch die Aufklärung solle dem Patienten "eine Überlegenszeit und eine Beeinflussungsmöglichkeit"<sup>178)</sup> gegeben werden. So würde es die Entscheidungsfreiheit selbst tangieren, könnte sich der Arzt darauf berufen, daß der Patient auf Aufklärung verzichtet hätte und auf jeden Fall eingewilligt hätte. Hinter dieser Argumentation steht m.E. der Gedanke, daß dem mala fide Handelnden auf jeden Fall die Rechtfertigung zu entziehen sei. Im oben erwähnten Beispielsfall würde aber auch bei Anerkennung des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Arzt daraus keinen Nutzen ziehen können, denn wenn durch einen Eingriff eine so hohe Letalitätsgefahr besteht, so wird ein Aufklärungsverzicht diesbezüglich immer unbeachtlich bleiben. (siehe oben). In den Fällen, in denen also nur unerwünschte Folgen eines Eingriffs zur Erörterung stehen, die sich auf der Ebene einer einfachen Körperverletzung bewegen (Harnleiterstenose nach Bestrahlung etc.), dürfte die Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens sehr wohl real werden; kommt es doch sicherlich öfters vor, daß Patienten gegenüber Familienangehörigen äußern, daß sie "mit allem, was der Arzt für richtig hält, einverstanden sind", und hinterher, von rechtskundigen Personen entsprechend infor-

miert, die objektiv nicht geleistete Aufklärung vor Gericht monieren.

Grundsätzlich ist dazu zu sagen, daß in den allermeisten Fällen, wo der Arzt nicht aufgeklärt hatte, der Patient gegenüber dem Arzt aber nicht darauf verzichtete, obwohl er subjektiv gar keine Aufklärung wollte, der Arzt nicht in der Lage sein wird, diesen Tatbestand zu beweisen, was in der Regel seine Verurteilung zur Folge haben wird. Kann aber der Arzt ausnahmsweise einwandfrei beweisen, daß der Patient auf jegliche Aufklärung verzichtet hätte und sich dieser im Ergebnis nicht unrechtmäßig verhielt, so kann er nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Patient seine subjektiv vorhandene Verzichtsabsicht auch gegenüber dem Arzt geäußert hätte. Natürlich lag rein faktisch kein Aufklärungsverzicht vor; daraus kann aber dem Arzt, auch wenn ein gewisses Fehlverhalten nicht zu leugnen ist, keine Verurteilung wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 223 STGB) erwachsen. Denn liegt hier nicht auch ein gewisses bösgläubiges Verhalten des Patienten vor, der an sich keine Aufklärung wollte, und nur aus der Tatsache, daß er diese Absicht nicht gegenüber dem Arzt auch äußerte, nun hinterher nach Heilung seines Leidens den Arzt vor Gericht zieht, und sich an seine ursprüngliche Haltung zur Aufklärung nicht mehr erinnern will? Auch die Judikatur hat grundsätzlich die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten<sup>179)</sup> zugelassen, ebenso abweichend von der h.M. Esser,<sup>180)</sup> sodaß im Ergebnis festzuhalten ist: kann der Arzt beweisen, daß der Patient auf Aufklärung verzichtet hätte, obwohl er ihn tatsächlich nicht aufgeklärt hat, so kann dem Arzt daraus kein rechtlicher Nachteil entstehen.

## 5) Antecipierte Einwilligung und Aufklärungsverzicht

In der neueren Literatur<sup>181)</sup> spielt in letzter Zeit zunehmend das Problem der antecipierte Einwilligung eine gewisse Rolle. Die antecipierte Einwilligung findet heute Verwendung im Bereich der vorausgesehenen Operationsänderung, im lucidum intervallum in Bezug auf den späteren Schub einer psychischen Erkrankung und bei der Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen im Falle einer terminalen Krankheit. So willigt z.B. beim Lucidum intervallum der Patient schon jetzt für einen eventuell notwendig werdenden Fall in die spätere Elektrokampfbehandlung, oder in eine gewisse medikamentöse Behandlung ein, obwohl die Indikation zu solch einer Maßnahme momentan noch nicht besteht. Eine derartige antecipierte Einwilligung entspricht dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten mehr, als die andernfalls notwendige "mutmaßliche Einwilligung."

Fraglich ist in diesem Zusammenhang ob und inwieweit bei der antecipierte Einwilligung wenigstens ein teilweiser Aufklärungsverzicht nötig bzw. möglich ist. Im Grundsatz ist davon auszugehen, daß eine antecipierte Einwilligung keinen Aufklärungsverzicht beinhalten kann, es sei denn der Patient verzichtet ausdrücklich darauf. Die Einwilligung ist auch hier nur insoweit rechtmäßig, als ihr eine entsprechende Aufklärung vorausgegangen ist. Soweit in Operationseinwilligungsformularen bereits generell auf die Notwendigkeit der Änderung des Operationsplanes hingewiesen wird, und eine allgemeine Zustimmung eingeholt wird, ist es sehr zweifelhaft, wie weit diese Einwilligung rechtlich trägt, denn im allgemeinen wird der Patient nicht über die Richtung der Operationsänderung und ihre Gefahren informiert worden sein.<sup>182)</sup> Um diese Klippe zu umschiffen, wird es nicht ohne weiteres

möglich sein, von einem stillschweigenden konkludenten Aufklärungsverzicht des Patienten zu sprechen, denn auch dieser erfordert, daß der Patient irgendetwas äußert - eben konkludent -, ein Schweigen allein kann unmöglich derart rechtserhebliche Folgen nach sich ziehen. Eine Minderung der Aufklärung wird aber insofern anzunehmen sein, daß bei einem sehr frühen Zeitpunkt der Einwilligungserteilung zu einer eventuell notwendig werdenden Operationsänderung, noch gar nicht im Einzelnen abzusehen sein wird, welche Maßnahmen in konkreter getroffen werden müssen, und welche Risiken und Folgen dabei auftreten könnten, was wiederum vom Zustand des Patienten mitabhängen wird, der aber oft zum Zeitpunkt der antezipierten Einwilligung nicht voraussehbar sein wird. Danach kann der Arzt also nur über Risiken, Gefahren und Prognosen aufklären, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gerade für den konkreten Patienten voraussehbar sind. Deshalb wird sich die Aufklärungspflicht des Arztes gerade bei der antezipierten Einwilligung oft stark mindern, denn der Arzt kann nur das aufklären, was er selber kennt; von einem generellen Aufklärungsverzicht des Patienten kann allerdings in diesen Fällen nicht die Rede sein, es sei denn, die erforderlichen Voraussetzungen des Verzichts liegen vor.

#### 6) Verzicht auf Aufklärung als Kunstfehler?

Schon mehrfach im Verlauf dieser Arbeit wurde angedeutet, daß ein Aufklärungsverzicht schlechterdings in gewissen Fällen unzulässig ist, ja geradezu als Verstoß gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht zu bezeichnen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, inwieweit nicht ein vom Patienten erklärter Aufklärungsverzicht, wenn er vom

Arzt befolgt wird, als Kunstfehler zu werten ist. Dazu ist es unumgänglich den Begriff "Aufklärungspflicht" in Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes und Aufklärung aus ärztlicher und therapeutischer Sorgfalt zu differenzieren. (Siehe Definition des Begriffs am Beginn der Arbeit). Denn wenn es bei der ärztlichen Aufklärung nur um das von den Gerichten so oft beschworene Selbstbestimmungsrecht ginge, könnte ein Aufklärungsverzicht nie zu einem Kunstfehler des Arztes führen. Nach der Definition des BGH<sup>183)</sup> ist unter einem Kunstfehler ein nach dem Stande der Medizin unsachgemäßes und schädigendes Verhalten des Arztes zu verstehen, bzw. ein Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der ärztlichen Wissenschaft. Wo solche allgemein akzeptierten Regeln nicht oder noch nicht gelten, kommt demnach ein Kunstfehler als Regelverstoß nicht in Betracht, wohl eine Sorgfaltspflichtverletzung.<sup>184)</sup> Eine sehr viel weitergehende Definition des Kunstfehlers wurde u.a. von E. Schmidt<sup>185)</sup> verwendet, der darunter "jeden Verstoß gegen den Heilauftrag des Arztes" verstand. Dieser Begriff des Kunstfehlers ist m.E. zu unbestimmt und weitgehend, deshalb soll hier die Definition des BGH zugrunde gelegt werden.

Verzichtet z.B. ein Patient generell auf Aufklärung und wird dadurch dem Patienten eine ärztliche Information vorenthalten, die ihn befähigen würde, anerkannte Grundsätze der Medizin, die gerade in dem speziellen Krankheitsfall von ausschlaggebender Bedeutung wären, nicht zur Anwendung zu bringen, so dürfte die Befolgung eines Aufklärungsverzichtes, der sich besonders auf den Bereich therapeutischer Pflichtaufklärung beziehen würde, als ärztlicher Kunstfehler zu werten sein. So wird z.B. ein Verschweigen, daß der NaCl-Konsum bei der essentiellen Hypertonie zu senken ist, trotz erklärtem Aufklärungsver-

zicht ein Kunstfehler sein, da ein überhöhter NaCl-Konsum nach den allgemein akzeptierten Regeln der Hypertonie-Therapie kontraindiziert ist. Dasselbe wird trotz Aufklärungsverzichtes zu gelten haben, wenn z.B. ein Herzinfarkt-Patient nach sechs Wochen Klinikaufenthalt entlassen wird, und ihm nicht gesagt wird, er solle Leistungssport zunächst unterlassen (obwohl man weiß, der Patient werde eventuell als ehemaliger Leistungssportler auch nach Überstandenen Infarkt noch sportlichen Ehrgeiz entwickeln). Gleiches wird zu gelten haben, wenn einem Patienten mit toxischer Leberschädigung nicht gesagt wird, daß er Alkohol Carenz zu üben haben wird, - unabhängig von einem bestehenden Aufklärungsverzicht. Damit wird deutlich, daß die ärztliche Sorgfaltspflicht und das "de lege artis" - Handeln des Arztes unverzichtbar sind, und sich ein Aufklärungsverzicht immer nur auf dem voluntativen Teil - das Selbstbestimmungsrecht des Patienten - beziehen kann, und nicht auf die therapeutische Pflichtaufklärung. Ein Aufklärungsverzicht hat nichts mit einer Disposition über die ärztliche Sorgfalt zu tun. Andernfalls kann dabei sogar ein ärztlicher Kunstfehler entstehen. Allerdings ist festzuhalten, daß eine hemmungslose und dem Einzelfall nicht angepaßte schonungslose Aufklärung, ebenfalls gegen die ärztliche Sorgfaltspflicht und das therapeutische Privileg<sup>186)</sup> - die Erlaubnis oder Pflicht des Arztes einem Patienten eine schwere Krankheit oder ein entferntes Risiko zu verschweigen, wenn er dadurch erhebliche psychische oder auch durch aktivierte Furcht sonstige Gesundheitsschäden nehmen könnte - verstoßen könnte, und auch hier sich die Frage nach dem Kunstfehler stellen würde. Da diese Variante aber keinerlei Beziehung mit einem Aufklärungsverzicht des Patienten aufweist, soll hier nicht näher darauf eingegangen werden.

- 7) Auffassung Zieglers: "Aufklärungsverzicht als Regelfall, wenn Patient ohne zu fragen in die Behandlung einwilligt"

Abschließend scheint mir eine Erörterung der Frage wichtig, wann der Arzt von einem stillschweigenden Aufklärungsverzicht ausgehen kann, unter besonderer Berücksichtigung der Auffassung Zieglers.<sup>187)</sup>

Der ausdrückliche Aufklärungsverzicht dürfte im allgemeinen ziemlich unproblematisch sein, während die Auslegung eines "Konkludenten" Verhaltens zu erheblichen Interpretationsschwierigkeiten führen kann. So geht Ziegler in seiner Dissertation sogar soweit zu behaupten, "der Patient habe mit der vorbehaltlosen Einwilligung in eine bestimmte Behandlung immer dann auf Aufklärung verzichtet, wenn die Aufklärung den Behandlungserfolg, ganz gleich in welchem Maße, gefährden könnte."<sup>188)</sup> Die einzige Erklärung, die der Patient tatsächlich abgibt, beziehe sich nur auf seine Krankheit und die Möglichkeit ihr zu begegnen. Dieser alleinige Inhalt der Einwilligung müsse bei der Auslegung des Patientenverhaltens mitberücksichtigt werden. In dem Wunsch nach einer bestimmten Behandlung sei darum zugleich das Verlangen eingeschlossen, der Arzt solle alles unterlassen, was die Behandlung irgendwie gefährden könnte, d.h. nicht kunstgerecht wäre. So ist es nach Ziegler nicht kunstgerecht, wenn der Arzt eine Aufklärung erteilte, die das Vertrauen des Patienten und seinen Glauben an einen guten Ausgang der Behandlung erschüttern würde; ebenso sei eine Aufklärung nicht kunstgerecht, die den Patienten zu einer nicht indicierten Verweigerung der Behandlung veranlassen würde.<sup>189)</sup>

Außerdem schließt Ziegler aus der Tatsache, daß der Patient in den seltensten Fällen die Aufklärung ausdrück-

lich verlangen wird, umgekehrt, daß sein Schweigen diesbezüglich einen Aufklärungsverzicht beinhalten wird.

"Es kann sein, daß der Patient das mit seiner Einwilligung nicht sagen wollte. Er hat es aber gesagt, denn außer seinem Heilwillen ist von ihm nichts zum Ausdruck gebracht worden, und es besteht in seinem Verhalten kein Ansatzpunkt dafür, daß er Aufklärung wünscht, um vielleicht doch die Behandlung abzulehnen."190)

Als Ergebnis seiner Überlegungen zum Aufklärungsverzicht zieht Ziegler folgendes Resümee:191)

"Aufklärung darf immer dann entfallen, wenn der Patient in eine bestimmte ärztliche Maßnahme einwilligt und die Aufklärung nach allgemeiner Erfahrung einen ungünstigen Einfluß auf die Gesundheit, insbesondere die Heilungsaussicht des Patienten haben kann. Rechtlich liegt in all diesen Fällen bei objektiver Auslegung des Patientenwillens ein Aufklärungsverzicht vor, weil die Aufklärung der allein vom Patienten gewünschten bestmöglichen Heilung bzw. Linderung seines Krankheitszustandes durch diese Maßnahme widersprechen würde."

Nach meiner Auffassung macht es sich Ziegler nun doch etwas zu leicht, wenn er u.a. behauptet, die alleinige Intention des Patienten sei sein Verlangen nach Heilung, und er wolle deshalb (!) in der Regel überhaupt keine Aufklärung. Im Ergebnis müßte also der Patient die den Behandlungserfolg "möglicherweise" (?) beeinträchtigende Aufklärung vom Arzt eigens fordern. Willigt er in die Behandlung ein, braucht der Arzt überhaupt nicht aufzuklären. Normalerweise hat die Aufklärung zu Recht der Einwilligung oder Ablehnung des Eingriffs voranzugehen; bei Ziegler scheint es umgekehrt zu sein; zuerst die Einwilligung - ob sie rechtmäßig ist, wenn der Patient gar nicht weiß, in was er einwilligt, diese Frage stellt sich für Ziegler erst gar nicht.

Das hätte letztlich keine andere Konsequenz, daß die Aufklärungspflicht des Arztes sich in eine Fragepflicht des

Patienten, falls er genaueres über Risiken etc. wissen will, verkehrte. Und was ist schon unter einem möglicherweise ungünstigen Einfluß auf die Gesundheit des Patienten zu verstehen? Jegliche Risikoaufklärung wird einen momentan ungünstigen Einfluß auf die Gesundheit haben, als der Patient mit Ereignissen konfrontiert wird, die in sicherlich in gewisse Angst versetzen werden. Folglich müßte Aufklärung so gut wie immer entfallen.

Im übrigen will Ziegler schon grundsätzlich die "Möglichkeit" eines negativen Einflusses genügen lassen, um das Nichtfragen des Patienten als Aufklärungsverzicht zu interpretieren. Diese Auslegung Zieglers ist aber so weit und in ihren Grenzen nicht mehr bestimmbar, daß jegliches Verhalten des Patienten unter die Rubrik "stillschweigender Aufklärungsverzicht" subsumierbar erscheint, außer der Patient sagt ausdrücklich er wünsche aufgeklärt zu werden. Außerdem ist es rechtlich äußerst bedenklich dem "Schweigen" des Patienten solche Bedeutung beizumessen, wie es Ziegler für richtig hält. M.E. ist es falsch einen konkludenten stillschweigenden Aufklärungsverzicht zu konstruieren, wenn der Patient gar keine Äußerung von sich gibt. Ein Aufklärungsverzicht kann doch nur angenommen werden, wenn eine irgendwie noch als solche objektivierbare Willenerklärung vorliegt; das bloße Schweigen ist in der Regel doch gerade keine Willenserklärung, sondern das Gegenteil einer Erklärung. "Wer schweigt, setzt im allgemeinen keinen Erklärungsstatbestand, er bringt weder Zustimmung noch Ablehnung zum Ausdruck."<sup>192)</sup>

Folglich ist die Meinung Zieglers, die Aufklärung dürfte immer dann entfallen, wenn der Patient nur einwilligt, und die Aufklärung einen ungünstigen Einfluß auf die Heilung haben könne, weil immer in diesen Fällen dann ein

Aufklärungsverzicht vorliege, und der Patient ja Fragen stellen könne, abzulehnen. Vor allem deshalb, weil dadurch die im Grundsatz gerechtfertigte Aufklärungspflicht des Arztes in eine Fragepflicht des Patienten verkehrt würde; der Aufklärungsverzicht als ein Patientenrecht würde dadurch zu einem Instrument der Ärzte gemacht, den Patienten nach eigenem Gutdünken aufzuklären oder nicht. Ebenso kann aus einem bloßen Schweigen des Patienten allein kein stillschweigender konkludenter Aufklärungsverzicht konstruiert werden.

#### E) Zusammenfassung und Ergebnis

Abschließend bleibt festzuhalten, daß ein Aufklärungsverzicht grundsätzlich immer möglich ist, wobei sich der Verzicht immer nur auf die Selbstbestimmungsaufklärung beziehen wird, da die sogenannte therapeutische Pflichtaufklärung nicht zur Disposition des Patienten steht.

Als allgemeine Voraussetzung wird ein über das übliche Maß hinausgehendes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient zu fordern sein, damit es zu einem ausdrücklich erklärten Aufklärungsverzicht kommt, während die Annahme eines stillschweigenden konkludenten Aufklärungsverzichtes ein Höchstmaß an Vertrauen erfordert und in der Regel die Ausnahme sein wird.

Von besonderer Wichtigkeit erscheint die Frage, ob die Initiative zu einem Aufklärungsverzicht (expressis verbis) immer vom Patienten ausgehen muß, oder ob auch der Arzt den Patienten fragen kann, ob er Aufklärung wünsche (generell-partiell), oder ob er alles vertrauensvoll in die Hände des Arztes legen wolle. Grundsätzlich kann

die Initiative dazu auch vom Arzt ausgehen, entscheidend ist aber, daß der Patient seine Wahl noch in freier Selbstbestimmung fällen kann, was jede Suggestion oder Sanktion, etwa daß der Arzt nur noch Patienten behandelt, die auf Aufklärung verzichten, von vornherein ausschließt. Andernfalls würde das mit Recht bestehende Erfordernis der ärztlichen Aufklärung total hinfällig werden; allerdings besteht die Schwierigkeit, daß gewisse psychologische Zwangssituationen für den im Grunde doch verunsicherten Patienten bei dieser Handhabung des Aufklärungsverzichtes doch entstehen können, die aber juristisch nicht mehr faßbar sind. Dies hat generell einmal seine Ursache darin, daß in der Regel die beiden "Parteien" nicht auf der gleichen Stufe stehen; so ist der Patient im allgemeinen in der Rolle des Nichtwissenden, Ratlosen und Hilfsbedürftigen, während der Arzt eine Rolle zu erfüllen hat, die meist das genaue Gegenteil der Patientenrolle beinhaltet, was aber gerade auch vom Patienten so erwartet wird. Gerade auch deshalb muß die Möglichkeit des Aufklärungsverzichtes offengehalten werden.

Von besonderer Wichtigkeit ist auch, daß ein einmal erklärter Aufklärungsverzicht, solange es möglich ist, immer widerrufbar ist, und der Arzt dann zur vollen Aufklärung verpflichtet ist.

Gewisse Schwierigkeiten bereitet der stillschweigende konkludente Aufklärungsverzicht. Entscheidend ist dabei, daß ein Schweigen des Patienten alleine nicht genügt, vielmehr muß eine irgendwie noch als solche zu objektivierende Erklärung (muß nicht sprachlich sein) vorhandensein, die nach den gesamten Umständen des Einzelfalles und der Verkehrsanschauung derart zu interpretieren ist, daß der Patient keine Aufklärung wünsche. Dies wird besonders oft bei der sogenannten "stufenweisen" Aufklärung Schwerkranken

ker anzunehmen sein. Das Prinzip besagt im wesentlichen, daß der Patient in zeitlich voneinander getrennten Etappen, über seinen Zustand bzw. das Fortschreiten eines Krankheitsprozesses (Prognoseaufklärung) in Kenntnis zu setzen ist, wobei die vorangegangene Stufe der Aufklärung so allgemein gefaßt sein kann, daß der Patient ohne fehlinformiert zu werden, trotzdem nicht die ganze, oft jegliche Hoffnung zerstörende Wahrheit zu erfahren braucht. An dieser Stelle der Aufklärung kann nur ein stillschweigender Aufklärungsverzicht einsetzen, der seine Wirkung sogar schon dadurch entfalten kann, daß der Patient keine weiteren Fragen mehr stellt. Grundsätzlich wird man nicht von einer Fragepflicht des Patienten auszugehen haben - siehe oben -, aber wenn der Patient schon in gewissem Maße vorinformiert wurde, daß er bereits die gesamte Wahrheit errahnen kann, ohne daß diese schon bittere Realität für den Patienten wäre, so kann davon ausgegangen werden, daß der Patient in gewissem Maße demjenigen gleichzustellen ist, der bereits informiert ist und deshalb kein Aufklärungsbedürfnis hat. Hier wird man dem Patienten, will er weiter aufgeklärt werden, eine Fragepflicht zuzumuten müssen, da er trotz seiner laienhaften Kenntnisse, vergleichbar aber einer "Parallelwertung in der Laiensphäre", soviel erfaßt haben wird, daß eine weitere Stufe in der Aufklärung für ihn eventuell schmerzliche und bittere Wahrheiten zu Tage bringen wird. Natürlich wird dies der Patient nicht im Sinne naturwissenschaftlicher Erkenntnis wissen; vielmehr dürften sich diese Gedanken mehr im Unterbewußten und im Bereich des Errahnsens bewegen.

Als Basis kann beim stillschweigenden Aufklärungsverzicht die Regel gelten, daß ein stillschweigender Verzicht des Patienten um so eher anzunehmen sein wird, je lebens-

notwendiger<sup>193)</sup> die Indikation zu einer bestimmten ärztlichen Behandlung sein wird, und je geringer die Risiken und Folgen der Behandlung im Vergleich zur unbehandelten Krankheit wiegen. Dies allein genügt allerdings nicht, es ist nur ein Indiz, das zur Interpretation eines noch als konkludent zu deutenden Verhaltens des Patienten, zum Ergebnis Aufklärungsverzicht mitbeitragen wird.

Als eine eigene Untergruppe des Aufklärungsverzichtes sind die Fälle anzusehen, bei denen der Patient kein Aufklärungsbedürfnis besitzt, da er grundsätzlich Kenntnis über seinen Zustand haben wird. Auch hier ist dem unterrichteten Patienten im allgemeine eine Fragepflicht zuzumuten, falls er lückenlose Aufklärung wünscht. Es wird sich hier meist um Ärzte, Medizinstudenten etc. handeln; eine Basisaufklärung in dem Sinne, daß der Patient wenigstens in groben Zügen weiß, was mit ihm geschehen soll bzw. warum er behandelt werden soll, wird in der Regel auch hier unverzichtbar sein, um so mehr, je spezieller die Krankheit ist und je dünner die Kenntnisse des Patienten (Arzt) bezüglich dieser speziellen Krankheit sind. (Z.B. Patient ist Dermatologe und muß orthopädisch behandelt werden).

Eine Durchbrechung des Aufklärungsverzichtes wird nur möglich sein, wenn sich der Patient im Sinne einer totalen Auslieferung seines Selbstbestimmungsrechts total begibt, was aber mehr von theoretischem Interesse sein wird. Der Arzt wird aber einen Aufklärungsverzicht nicht zu respektieren haben, wenn durch den vorgesehenen Eingriff besonders wichtige und hohe Interessen und Rechtsgüter tangiert werden (z.B. lebensgefährliche Operation). Aber auch hier wird um so eher ein Aufklärungsverzicht anzunehmen sein, als die (lebensgefährliche) Operation die einzige Chance zur Heilung darstellt, und ohne Wahrnehmung dieser Chance die Überlebenschance des Patienten gleich Null ist.

Eine pauschale Einwilligungserklärung im Sinne eines Aufklärungsverzichtes ist nur denkbar und sinnvoll, wenn sich der Patient wenigstens in groben Zügen im klaren ist, was mit ihm geschehen soll und was er (wenigstens laienhaft) nicht wissen will.<sup>194)</sup> (Bewußtsein eines Verzichtes im weitesten Sinne).

Ein Aufklärungsverzicht (Selbstbestimmungsaufklärung) verliert dort seine Wirksamkeit, wo eine Kollision mit der Fürsorgepflicht des Arztes einsetzt.

Rechte Dritter, die einen Aufklärungsverzicht durchbrechen könnten, sind nicht anzuerkennen, da eine Ausweitung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Patienten auf Dritte nicht möglich erscheint.

Eine Ausnahme liegt dort vor, wo die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 I BGB) im Kern getroffen wäre; dies ist in der Regel der Fall, wenn durch einen ärztlichen Eingriff die Ehe auf eine rein platonische Ebene reduziert würde.

Beim ärztlichen Experiment ist die Befolgung eines (evtl.) Aufklärungsverzichtes sittenwidrig. Im übrigen ist auch bei den sogenannten besonderen ärztlichen Eingriffen ein Verzicht auf Aufklärung unwirksam, da Aufklärung hier zum Teil gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. § 218 b I Nr. 2 STGB).

In der vorliegenden Arbeit wurde versucht die verschiedenen Gruppen des Aufklärungsverzichtes voneinander abzugrenzen und ihre Berechtigung zu überprüfen. Was m.E. nicht erbracht werden kann ist ein allgemein gültiges Schema, das in der täglichen medizinischen Praxis angewandt, dem Arzt zweifelsfrei sagt, wann der Patient auf Aufklärung verzichtet hat, und unter welchen Gesichtspunkten er diesen Verzicht zu befolgen oder zu durchbrechen hat. Dies könnte, abstrakt in allgemeinen Formulierungen

gehalten, für Gesetzesvorlagen o.ä. durchaus für möglich erscheinen - jedenfalls vom Standpunkt des Juristen aus gesehen. Der Jurist hat das genau formulierte und festgelegte, aber doch abstrakte Gesetz, nach dessen Bestimmungen er die konkreten Fälle zu beurteilen hat. Ob in diesem konkreten Fall eine Übereinstimmung mit dem allgemein formulierten abstrakten Gesetz vorliegt oder nicht, daraus ergibt sich die juristische Beurteilung.

Für den Arzt dagegen steht nicht das Gesetz an 1. Stelle seiner Überlegungen, sondern die Gesundheit des Patienten, nicht abstrakt formulierte allgemeine Grundsätze, sondern der konkrete Einzelfall. Der Jurist kann im allgemeinen nicht vom Ergebnis aus argumentieren, sondern nur von der Basis des Gesetzes, während für den Arzt das Ergebnis (Krankheitslinderung oder Gesundung des Patienten) im Vordergrund des Interesses steht, und der Weg wie er zu diesem Ziele gelangt verschieden sein kann. Über die Wertigkeit dieser juristischen Gesetzmäßigkeit einerseits, und der Gesundheit des Patienten andererseits, zu streiten ist überflüssig, da es sich um zwei verschiedene Ebenen<sup>195)</sup> handelt.

Aus diesem Grunde können notwendigerweise abstrakt und generell formulierte Regeln für die Anwendung oder Nichtanwendung eines Aufklärungsverzichtes nur beschränkte Gültigkeit in der täglichen Praxis beanspruchen, da eben jeder Einzelfall verschieden vom anderen ist, und die wichtigste Komponente bei der ganzen Problematik, nämlich das psychologische Einfühlungsvermögen des Arztes in die Wünsche und Hoffnungen des Patienten, sich einer generellen und abstrakten Regelung entzieht. Deshalb wird auch dem Arzt im Einzelfall niemand die Verantwortung abnehmen können, wenn er etwa ein bestimmtes Verhalten des Patienten als konkludenten Aufklärungsverzicht deuten

wird, oder wenn er einen ausdrücklich erklärten Verzicht des Patienten für unbeachtlich hält, weil seine ärztliche Sorgfaltspflicht den Vorrang hat.

Jedenfalls dürfte bislang das Instrument des Aufklärungsverzichtes in der täglichen Beziehung Arzt-Patient noch zu wenig Beachtung gefunden haben, da nach den rigiden Urteilen des BGH die Ärzteschaft oft dazu neigt, im Zweifel mehr aufzuklären, und sich sogar formularmäßig abzusichern, um den Anforderungen der Gerichte zu genügen. Aber gerade diese Praxis ist ein Schritt in die falsche Richtung, weil das unbedingt notwendige Urvertrauen zum Arzt geschmälert wird, und die Arzt-Patienten-Beziehung dadurch immer mehr zu einer gewöhnlichen Geschäftsbeziehung zu werden droht. Aber auch der Patient hat von einem Aufklärungsverzicht in der Regel großen Nutzen, da ihm die Hoffnung auf einen guten Ausgang seiner Krankheit belassen wird, was wiederum nicht unbeträchtlich zur Genesung beitragen kann. Dadurch werden beide Seiten ihren Vorteil haben, der Arzt wird von dem Zwang befreit, zum Zwecke seiner Rechtfertigung vor Gericht, gewisse Normen der Aufklärung zu erfüllen und dabei in Konflikt mit dem Grundsatz: "salus aeproiti suprema lex" zu kommen, während der Patient, ohne in den Zwang zu geraten sich unwiederruflich festgelegt zu haben, seine Hoffnung aufrechterhält, wo seine Krankheit ihm bei voller Aufklärung längst keinen Funken davon mehr belassen hätte. Deshalb könnte ein vernünftig praktizierter Aufklärungsverzicht einen Ausweg auf dem Dilemma der täglichen, von den Gerichten so umfangreich geforderten Aufklärung, bieten, ohne dabei gegen Grundsätze der von den Gerichten geforderten Aufklärungspflicht des Arztes zu verstoßen.



Abkürzungsverzeichnis

|           |                                                    |
|-----------|----------------------------------------------------|
| allg.     | allgemein                                          |
| AMG       | Arzneimittelgesetz                                 |
| Anm.      | Anmerkung                                          |
| Art.      | Artikel                                            |
| AT        | allgemeiner Teil                                   |
| BGB       | Bürgerliches Gesetzbuch                            |
| BGH       | Bundesgerichtshof                                  |
| BGHST     | Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen |
| BGHZ      | Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BGHLM     | Lindenmaier-Möhring, Nachschlagew.d. BG            |
| Bem.      | Bemerkung                                          |
| B.seuch.G | Bundesseuchengesetz                                |
| BverfG    | Bundesverfassungsgericht                           |
| bzw.      | beziehungsweise                                    |
| CA        | Carcinom                                           |
| d.h.      | das heißt                                          |
| Diss.     | Dissertation                                       |
| DMW       | Deutsche medizinische Wochenschrift                |
| DRiZ      | Deutsche Richterzeitung                            |
| dt.       | deutsch                                            |
| etc.      | et cetera                                          |
| evtl.     | eventuell                                          |
| f.        | für                                                |
| FamRZ     | Familienrechtszeitung                              |
| GG        | Grundgesetz                                        |
| grds.     | grundsätzlich                                      |
| hM        | herrschende Meinung                                |
| Hrg.      | Herausgeber                                        |
| i.S.      | im Sinne                                           |
| jur.      | juristisch                                         |
| J.        | Jahr                                               |
| JR        | juristische Rundschau                              |

|         |                                                           |
|---------|-----------------------------------------------------------|
| JZ      | Juristenzeitung                                           |
| med.    | medizinisch                                               |
| MDR     | Monatsschrift für deutsches Recht                         |
| m. E.   | meines Erachtens                                          |
| NJW     | Neue Juristische Wochenschrift                            |
| o.ä.    | oder ähnliches                                            |
| OLG     | Oberlandesgericht                                         |
| p.v.E.  | postvaccinale Encephalitis                                |
| RG      | Reichsgericht                                             |
| RGST    | Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen            |
| RGZ     | Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen            |
| Randz.  | Randziffer                                                |
| RVO     | Reichsversicherungsordnung                                |
| sog.    | sogenannt                                                 |
| STGB    | Strafgesetzbuch                                           |
| SZ      | Süddeutsche Zeitung                                       |
| u.a.    | unter anderem                                             |
| u.U.    | unter Umständen                                           |
| v.      | vor                                                       |
| VersR   | Versicherungsrecht                                        |
| vgl.    | vergleiche                                                |
| VO      | Verordnung                                                |
| Vorbem. | Vorbemerkung                                              |
| WHO     | World Health Organization ( Weltgesundheitsorganisation ) |
| Wschr.  | Wochenschrift                                             |
| z. B.   | zum Beispiel                                              |
| ZSTW    | Zeitung für die gesamte Strafrechtswissenschaft           |
| Warn.   | Warneyer, Die Rechtsprechung des RG (Jahr und Nummer )    |
| HRR     | Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)     |

Anmerkungen im Text

- 1) Karl Jaspers in "Hippokrates der wahre Arzt" S.72
- 2) "Gedanken und Erinnerungen" S.651
- 3) BGH, NJW 1956, 1156
- 4) BGHZ 29, 46, 53
- 5) u.a. Ziegler, jur. Dissertation 1962, München
- 6) RGST
- 7) Geilen-Hallermann (Hrg. Armand Mergen) S.13
- 8) BGH, NJW 1962, 1780
- 9) VersR 1954, 98
- 10) NJW 70, 511
- 11) HRR 37 Nr. 1429
- 12) Bundesseuchengesetz
- 13) Kohlhaas S.13
- 14) Geilen-Hallermann S. 17
- 15) NJW 56, 1106; NJW 59, 811
- 16) NJW 59, 814
- 17) BGHST 11, 111
- 18) Engisch S. 27, Bockelmann S. 59, Geilen S. 85f., 136f.
- 19) NJW 61, 269
- 20) Geilen Hallermann S.15
- 21) BGH NJW 67, 673; Küchenhoff, Nervenarzt 65, S.148  
Larenz II, S. 199; Schulz, Arztrecht S. 72
- 22) OLG Düsseldorf NJW 75, 595. Palandt-Putzo Bem. 2a  
vor § 611 BGB.
- 23) Wiethölter, Aufklärungspflicht des Arztes S.104f.
- 24) Hauelsen NJW 56, 1745f., Börsche NJW 77, 327
- 25) BGHZ 1, 383 = NJW 1951, 798
- 26) BGH VersR 56, 406; BGHZ 29, 176
- 27) Vgl. Roemer S.5ff.; Reitelmann, Diss. S.29
- 28) Wiethölter Aufklärungspflicht S.105; Roemer S.5
- 29) Staudinger-Weber §241 BGB, Anm.819
- 30) BGHZ 29, 179; VersR 59, 812

- 31) Staudinger-Weber § 241 BGB Anm.89
- 32) Esser I Schuldrecht, § 5 III,1
- 33) Steindorff JZ 1960, 141
- 34) Kleinewefers VersR 63, 301
- 35) Eberhardt, Dissert. S.32f.
- 36) BGHZ 29, 46ff.; Geilen S.17 Anm.1
- 37) Esser II Schuldrecht S.398
- 38) Eberhardt Dissert. S.54ff.
- 39) Baumann NJW 58, 2093
- 40) BGHZ 24, 72; 26, 349; 27, 284; 39, 124
- 41) Vgl. Schwalm in Schriftenreihe S.23; Weitnauer  
"der Betrieb" 1961 Beilage 21; Stammberger S.22f.
- 42) Geilen S.73
- 43) Maunz-Dürig-Herzog GG Art.2 II Randz. 36,37
- 44) Baumann NJW 58, 2093
- 45) Reitelmann Dissert. S.4ff.
- 46) Bockelmann NJW 1961, 945
- 47) Schönke-Schröder Vorbem. § 1 Anm. 99ff. Maurach AT  
S.510
- 48) BGH NJW 66, 1174
- 49) R. Schmidt S.78f.
- 50) R. Schmidt S.76
- 51) Esser II, § 113 II S.474
- 52) Staudinger-Weber Einl. § 241 Anm.14; Esser I S.39;  
Eberhardt Diss. S.14
- 53) Walsmann S.41
- 54) Walsmann S.42f.
- 55) Walsmann S.44
- 56) BGHZ 29, 46; Maunz-Dürig-Herzog Art. 2II GG. Randz.  
30; v. Mangold-Klein S.187
- 57) Eberhardt Diss. S.55
- 58) Eberhardt Diss. S.57

- 60) Bucher, Dissert. S.60
- 61) Bucher, Dissert. S.76
- 62) Bucher, Dissert. S.92ff.
- 63) Bucher, Dissert. S.93
- 64) BGHZ 29, 46
- 65) Wiethölter S.106
- 66) Walsmann S.178
- 67) Erman-Westermann § 397, 1
- 68) Larenz Schuldrecht I Allg. Teil S.219
- 69) Bucher, Dissert. S.93
- 70) d.h. aber nicht in jedem Fall vertraglich
- 71) Palandt § 397, 1, b, 2
- 72) u.a. Hanack Med. Klinik 1964, 1073; Göppinger S.68  
Schwalm S.29; E. Schmidt: Gutachten S.172
- 73) BGHZ 29, 46ff.
- 74) Engisch S.14 mit weiteren Nachweisen
- 75) BGHZ NJW 59, 811
- 76) Hagedorn S.102
- 77) Wiethölter S.104f.
- 78) Kress, Dtsch. med. J. 1960, S.55of.
- 79) Korth u. Schmidt, Krankenhausarzt 1960, S.64ff.  
Roemer, Med. Welt 1962, S.3f.; Spann, Ärztl. Heilkunst  
1963, S.1f.
- 80) Schulz, Med. Klinik 1966, 1948; Barnikel Dt. med.  
Wschr. 1965, S.621
- 81) Korth u. Schmidt, der Krankenhausarzt 1964, 69
- 82) Schäfer, Medizin in unserer Zeit, S.180
- 83) Schwalm a.a.O., S.29f.; BGHZ 29, 54; Hollmann Diss.  
S.100
- 84) Hagedorn S.104
- 85) Dt. Ärzteblatt 1976, 1543
- 86) Hagedorn S.104
- 87) Kleinewefers S.33
- 88) Heß med. Dissert. S.71

- 89) Vademecum Roche -"Marcumar"<sup>R</sup> S. 143
- 90) Kleinewefers S.23ff.
- 91) BGHZ 29; 46, 53; A.Kaufmann ZSTW 73; 341, 359
- 92) Hagedorn S.105; Schwalm S.30; Göppinger S.68
- 93) Hagedorn S.105
- 94) Göppinger S.72
- 95) Schwalm S.29
- 96) Zitiert nach SZ v. 20.11.79 S.2
- 97) BGH NJW 76, 363
- 98) Hagedorn S. 107; Schwalm S.29
- 99) Schönke-Schröder S.999
- 100) Baumann NJW 67, 512
- 101) Schönke-Schröder S.399
- 102) Honig S.170
- 103) Geilen S.25
- 104) Schönke-Schröder S.399
- 105) Geilen S.25
- 106) Geilen a.a.O.
- 107) Geilen S.133
- 108) Geilen S.131
- 109) Geilen S.135
- 110) Geilen S.191, 196
- 111) Steindorff DMW 1961, 2021
- 112) Hagedorn S.106
- 113) Bucher Diss. S.92
- 114) Bucher Diss. S.93
- 115) Hanak, Med. Klinik Nr. 59, 1073, Kleinewefers  
Aufklärungspflicht d.Arztes S.41f.
- 116) Eberhardt Diss. S.126
- 117) Hanak, Med. Klinik Nr. 59, 1073
- 118) Larenz NJW 63, 737
- 119) BGH NJW 58, 268; Kaufmann ZSTW 61, 365
- 120) OLG München NJW 67, 158; Soergel-Hefermehl Anm.5  
zu § 123 BGB

- 121) BGH LM zu § 276 Nr. 1; Erman-Westermann Anm. 3  
zu § 123 BGB
- 122) OLG Celle VersR 63, 648
- 123) Geilen S.151; Junghans a.a.O., S.63
- 124) MDR 63, 520
- 125) VersR 56, 86
- 126) Eberhardt Diss. S.63
- 127) VersR 59, 765
- 128) Winkhaus Diss. S.85
- 129) Warn. 1938 Nr. 128
- 130) JR 1955, 340
- 131) BGH VersR 54, 98
- 132) Münchner BGB Kommentar § 1360, 8
- 133) Bucher Dissert. S.183
- 134) BGH NJW 67, 1679
- 135) Münchner BGB-Kommentar § 1353, 3
- 136) Münchner BGB-Kommentar § 1631, 4
- 137) BGHZ NJW 1955, 811; NJW 59, 825
- 138) Münchner BGB-Kommentar 1631, 18
- 139) Paulick FamRZ 58, 1-5
- 140) Laufs S.83
- 141) NJW 70, 511
- 142) Einschaltung des Vormundschaftsgerichtes nach  
§ 1606 BGB; bei Gefahr im Verzuge kann der Arzt  
"das notwendige veranlassen" - siehe Engisch S.16
- 143) Bucher Dissert. S.181
- 144) Palandt § 333, 2
- 145) Laufs S.61
- 146) J. Kant; zitiert nach Dissert. Bucher S. 134
- 147) J. Kant; zitiert nach Dissert. Bucher S. 134
- 148) Maunz-Dürig-Herzog Art.1 I, Rdnr. 28ff.
- 149) Maunz-Dürig-Herzog Art.2 I GG, Rdnr. 56ff.;  
Hesse § 11 II
- 150) BverfG 7, 198

- 151) Richtlinien des Reichsministerium des Innern  
1931, zitiert nach DMW 1931, 509
- 152) § 41 Arzneimittelgesetz (AMG)
- 153) Schulz, Arztrecht S.311
- 154) Laufs S.41; Geilen S.36
- 155) § 40 - § 42 AMG
- 156) Laufs S.49
- 157) Schönke-Schröder-Lencker § 34, Rdnr. 47
- 158) § 218 b, 18 - Schönke-Schröder
- 159) Emmert DRiZ 76, 168
- 160) BGH NJW 76, 1790
- 161) Laufs S.61
- 162) Laufs S.61
- 163) § 2 des Kastrationsgesetzes
- 164) § 3 des Kastrationsgesetzes
- 165) BGH NJW 72, 330
- 166) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 Rdnr. 39
- 167) Hanack, die künstliche Insemination S.189
- 168) Erman vor § 116, 8
- 169) JZ 55, 37
- 170) Schönke-Schröder § 16, 14
- 171) Hollmann Dissert. S.101
- 172) BGH NJW 73, 2208
- 173) Kleinewefers VersR 63, 197 u. 304
- 174) BGHZ 42; 118 u. 124
- 175) Laufs S.101
- 176) Deutsch, Haftungsrecht 1376, 209
- 177) Deutsch NJW 65, 1989; Hofmann NJW 74, 1643;  
v. Caemerer S.34
- 178) Deutsch NJW 79, 1906
- 179) BGHZ 20, 275
- 180) Esser-Schmidt, Schuldrecht I 2, 189
- 181) Deutsch NJW 79, 1906
- 182) Deutsch NJW 79, 1908

- 183) BGHZ, NJW 53, 257
- 184) Laufs S.84
- 185) E. Schmidt, Arzt im Strafrecht S.138
- 186) Deutsch NJW 79, 1905ff.
- 187) Ziegler jur. Dissert. München 1962
- 188) Ziegler jur. Dissert. S. 71
- 189) Ziegler jur. Dissert. S. 71
- 190) Ziegler jur. Dissert. S. 72
- 191) Ziegler jur. Dissert. S. 73
- 192) Palandt-Heinrichs Einführung v. § 116, 3b
- 193) ebenso Oelkers Dissertation S.91
- 194) Winkhaus Dissert. S.85
- 195) Göppinger in "Fortschritte der Neurologie und Psychiatrie" 1956, S.79

Literaturverzeichnis

- Barnikel, Wilhelm: Barmherzige Lüge und ärztliche Aufklärungspflicht, dt. med. Wschr. 1965, 769ff.
- Baumann, Jürgen: a) Lehrbuch des Strafrechts AT 7. Auflage, Bielefeld 1975
- Baumann, Jürgen: b) Körperverletzung oder Freiheitsdelikt? NJW 1958, 2092ff.
- Bismarck, Otto von: Gedanken und Erinnerungen, Stuttgart 1919
- Bockelmann, Paul: a) Strafrecht des Arztes, München 1968  
b) Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945ff.
- Bösche, J.W.: Das Gesetz zur Weiterentwicklung des Kassenarztrechtes, NJW 1977, 327ff.
- Bucher, Eugen: Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, Zürich 1956
- Caemmerer, Ernst von: Das Problem der Überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht, Karlsruhe 1962
- Deutsch, Erwin: a) Haftungsrecht, Köln, München 1976  
b) Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs, NJW 1965, 1985ff.  
c) Der Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung und die antezipierte Einwilligung des Patienten, NJW 1979, 1905ff.
- Eberhardt, Dietrich: Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands, Karlsruhe 1968

- Emmert, Adolf: Die Vorschriften des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes über den Schwangerschaftsabbruch, DRiZ 76, 168ff.
- Engisch, Karl: Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, Köln 1970
- Erman, Walter: Handkommentar zum BGB, München 1975, zitiert: Erman(-Bearbeiter)
- Esser, Joseph: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I und Band II, Karlsruhe 1968
- Esser-Schmidt: Schuldrecht allgemeiner Teil, Band I 2 Heidelberg - Karlsruhe 1976
- Geilen, Gerd: Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963
- Geilen-Hallermann: Die ärztliche Aufklärungspflicht Hrg. Armand Mergen, München 1971
- Göppinger, Hans: Zur Aufklärung und Einwilligung bei der ärztlichen, besonders bei der psychiatrischen Behandlung, in Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie und ihrer Grenzgebiete 1956, 53ff.
- Hagedorn, Manfred: Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlungen nach dem STGB-Entwurf von 1962, Heidelberg 1956
- Hanack, E.-W.: a) Die künstliche Insemination, in A. Mergen (Hrg.) Band III, 168-199, München 1971  
b) Zur Aufklärungspflicht, insbesondere bei pauschaler Einwilligung des Patienten, Med. Klinik 1964, 1071ff.
- Haueisen, F. Die Rechtsgrundlagen der Beziehungen zwischen Kassenarzt und Kassenpatient, NJW 1956, 1475ff.

- Heß, Eberhard: Aufklärungspflicht aus Sicht des Arztes, med. Dissertation, Mainz 1975
- Hofmann, Edgar: Zur Beweislastumkehr bei Verletzung vertraglicher Aufklärungs- oder Beratungspflichten, NJW 74, 1643
- Hollmann, Angela: Aufklärungspflicht des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der Neurochirurgie, jur. Dissertation, Würzburg 1963
- Honig, Richard: Die Einwilligung des Verletzten, Mannheim 1919
- Jaspers, Karl: Essay in "Hippokrates der wahre Arzt", Zürich-Stuttgart 1959
- Junghans, Herbert: Die Aufklärungspflicht des Arztes, Seite 59ff. Köln-Berlin 1962
- Kaufmann, Arthur: Die eigenmächtige Heilbehandlung ZSTW 61, Band 73, 341ff.
- Kleinewefers, Herbert: a) Zum Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient VersR 63, 297ff.  
b) Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln 1962
- Kohlhaas, Max: Medizin und Recht, München-Berlin-Wien 1969
- Korth-Schmidt: Ärztliche Ethik in der modernen Klinik, der Krankenhausarzt 1964, 64ff.
- Kress, Hans von: Über ärztliche Haltung und Handlung, dt.med. Journal 1960, 545
- Küchenhoff, Günther: Aufklärungspflicht und Haftpflicht des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der Neurochirurgie, der Nervenarzt 1965, 148ff.
- Larenz, Karl: a) Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 63, 737ff.

- b) Lehrbuch des Schuldrechts,  
Band I und Band II, 9. Auf-  
lage, München 1968

|                         |                                                                                                                                                                                                                           |
|-------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Laufs, Adolf:           | Arztrecht, München 1978                                                                                                                                                                                                   |
| Mangold v.-Klein:       | Das Bonner GG, Berlin-Frank-<br>furt 1957                                                                                                                                                                                 |
| Maunz-Dürig-Herzog:     | Kommentar zum GG, München 1979                                                                                                                                                                                            |
| Maurach, Reinhard:      | Strafrecht AT, Karlsruhe 1965                                                                                                                                                                                             |
| Münchner-BGB-Kommentar: | München 1978                                                                                                                                                                                                              |
| Oelkers, Harald:        | Grundlage und Umfang der ärztli-<br>chen Aufklärung, insbesondere<br>bei Anwendung neuartiger Medika-<br>mente, jur. Dissertation,<br>Hamburg 1969                                                                        |
| Palandt, Otto:          | Kommentar zum BGB, München 1978<br>zitiert: Palandt(-Bearbeiter)                                                                                                                                                          |
| Ponsold, Albert:        | Lehrbuch der gerichtlichen Me-<br>dizin, Stuttgart 1957                                                                                                                                                                   |
| Reitelmann, Alexander:  | Die ärztliche Aufklärungspflicht<br>und ihre Begrenzung, jur. Dissert.<br>Hamburg 1965                                                                                                                                    |
| Roemer, Hans:           | a) Die ärztliche Aufklärungs-<br>pflicht vom Standpunkt und<br>aus der Erfahrung des Arztes,<br>in Schriftenreihe der jur.<br>Studiengesellschaft Heft 50/51<br>b) Aufklärungspflicht des Arztes,<br>med. Welt 1962, 1ff. |
| Schäfer, Hans:          | Medizin in unserer Zeit,<br>München 1963                                                                                                                                                                                  |
| Schmidt, Eberhardt:     | Gutachten für den 44. dt. Juri-<br>stentag 1962, in Verhandlungen<br>des 44. dt. Juristentages Band 1,<br>Tübingen 1962; zitiert: Gutachten                                                                               |
| Schmidt, Reimer:        | Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953                                                                                                                                                                                        |
| Schönke-Schröder        | Kommentar zum STGB, 19. Auflage,<br>München 1978                                                                                                                                                                          |

- Schulz, Georg: a) Zur Entwicklung des Arztrechtes, med. Klinik 1960, 1947ff.  
b) Arztrecht für die Praxis, Hannover 1965
- Schwalm, Georg: Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in Schriftenreihe der jur. Studiengesellschaft Heft 50/51
- Soergel-Siebert-Hefermehl: Kommentar zum BGB, Stuttgart-Berlin 1971
- Spann, Wolfgang: a) Ärztliche Rechts- und Standeskunde, München 1962  
b) Die Aufklärungspflicht des Arztes, die Heilkunst 1963, 1ff. (zitiert nach dem Sonderdruck)
- Stammberger, Wolfgang: Fragen der Heilbehandlung in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Sicht, in: die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln 1962
- Staudinger, J.von: BGB-Kommentar, Berlin 1967  
zitiert: Staudinger(-Bearbeiter)
- Steindorff, Ernst: Zur Aufklärungspflicht des Arztes, JZ 1960, 141
- Vademecum Roche: "Marcumar", Grenzach 1978
- Walsmann, Hans: Der Verzicht, Leipzig 1912
- Weitnauer, Hans: Zur Frage der ärztlichen Verantwortlichkeit aus zivilrechtlicher Sicht, Der Betrieb 1961 Beilage Nr. 21
- Wiethölter, Rudolph: Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln 1962
- Winkhaus, Dietrich: Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen als zivilrechtliches Problem, jur. Dissertation Münster 1970
- Ziegler, Arthur: Die Aufklärung des Patienten in ihrer Bedeutung für das ärztliche Handeln, jur.Dissert.München 1962

## Lebenslauf

Geboren am 31.12.49 in Tegernsee/Bayern, als Sohn des Tapezierermeisters Franz Schmaus und seiner Frau Elisabeth, geborene Wanner.

Von 1956 bis 1961 Besuch der Volksschule in Kreuth.

1961 Wechsel an das Humanistische Benediktinergymnasium in Ettal, 1970 dort Abitur.

### Universitätsstudien:

a) von 1971 bis 1976 Rechtswissenschaft an der LMU in München.

b) vom Sommersemester 1976 bis zum Wintersemester 1981/82 Humanmedizin an der Ludwig Maximilians-Universität zu München.

3. Teil der ärztlichen Prüfung am 6.4. bzw. 3.5.82  
Approbation zum Arzt am 22.6. 82









